Die Organisations- und Personalhoheit der Gemeinden

Ein Beitrag zur Lehre von der kommunalen Selbstverwaltung
unter besonderer Berücksichtigung des baden-württembergischen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Referendar HORST DRESSLER
aus Böttingen Kr. Tuttlingen

1964

Fotodruck PRAZIS · Tübingen

7356

Die Organisations- und Personalhoheit der Gemeinden

Ein Beitrag zur Lehre von der kommunalen Selbstverwaltung
unter besonderer Berücksichtigung des baden-württembergischen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von
Referendar HORST DRESSLER
aus Böttingen Kr. Tuttlingen

1963

Fotodruck PRAZIS · Tübingen

Dekan	:	Prof. Dr. Joachim Gernhuber
1. Berichterstatter	:	Prof. Dr. Otto Bachof
2. Berichterstatter	:	Prof. Dr. Adolf Schüle

Tag der mündlichen Prüfung : 23. November 1962

Meinen Eltern

gewidmet

Inhaltsübersicht

Seite

Vorwort 1

TEIL I

Geschichtliche und allgemeine Grundlagen

1. Abschnitt: Die geschichtlichen Grundlagen des Selbstverwaltungsgedankens und seine heutige Bedeutung

§ 1 Die geschichtlichen Grundlagen 3

I. Die Gemeinde im absoluten Staat 3
II. Die Entwicklung bis zur Weimarer Reichsverfassung 4

§ 2 Die Gemeinde und die gemeindliche Selbstverwaltung im demokratischen Staat. Ihr Sinn und ihre Rechtsform 8

I. Entwicklung der Theorie in der Weimarer Republik 8
II. Die heutige Rechtslage 11

2. Abschnitt: Unabdingbare Rechte der Gemeinde als juristischer Person ?

§ 3 Folgerungen aus der Verleihung der Rechtsfähigkeit an die Gemeinde 15

I. Hans Peters und Walter Cantner 15
II. Hans Wilhelm Wolff und Rudolf Elleringmann 16

§ 4 Die Widersprüchlichkeit und rechtstheoretische Unhaltbarkeit dieser Lehren 17

I. Die inneren Widersprüche 17
II. Die rechtstheoretischen Grundlagen 18
III. Die Folgerungen 22

3. Abschnitt: Das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden

A. Das Organisations- und Dienstrecht in der allgemeinen Theorie 24

Seite

§ 5 Gegenstand und Problemstellung 24

§ 6 Die wissenschaftliche Diskussion um das Organisations- und Dienstrecht 27

I. Der geschichtliche Ausgangspunkt 27
II. Die theoretischen Grundlagen des Ausgangspunktes 29
1) Paul Laband 29
2) Georg Jellinek 31
3) Gerhard Anschütz 32
III. Die Würdigung des theoretischen Ausgangspunktes 33
IV. Die Folgerungen für die heutige Rechtslage 35
1) Das apersonal-sachliche Organisationsrecht 35
2) Das personelle Organisationsrecht 40

B. Die "Organisationsgewalt" der Gemeinde. Ihre "mittelbaren Verwaltungsfunktionen"

§ 7 Die Garantie des Art. 28 II GG 43

I. Die Garantie der Mittel für die Gemeindeverwaltung: Organisations-, Personal- und Finanzhoheit 43
II. Die zusammenfassende Benennung dieser Mittel als korporative Aufgaben 46
III. Die Erstreckung auf weisungsfreie Angelegenheiten und Aufgaben nach Weisung 46

§ 8 Der Inhalt der Organisations- und Personalhoheit allgemein 47

I. Die rechtliche Qualifikation dieser korporativen Aufgaben 47
II. Ihr Umfang 49
1) Ansichten in der Literatur und ihre Mängel 49
2) Eigene Lösung 53

§ 9 Die Organisations- und Personalhoheit im einzelnen 57

A. Die Organisationshoheit 57
B. Die Personalhoheit 58
C. Die Finanzhoheit im Zusammenhang mit der Organisations- und Personalhoheit 65

Seite

§ 10 Der Eingriff in die Organisations- und Personalhoheit 67

A. Wann liegt ein Eingriff vor ? 67
B. Die Bedingungen der Rechtmässigkeit staatlicher Eingriffe 67

TEIL II

Das kommunale Organisationsrecht und das Recht der gemeindlichen Organwalter in Baden-Württemberg unter Selbstverwaltungsgarantie.

1. Abschnitt: Das kommunale Organisationsrecht und die Organisationshoheit der Gemeinde

§ 11 Die Zuständigkeit "des Staates" zur Regelung 76

I. Ausschliessliche Zuständigkeit der Länder ? 76
II. Die Klärung auf Grund von Art. 28 und 84 GG 76

§ 12 Grundsätze einer sachgerechten Gemeindeverfassung 78

I. Die Verwirklichung der unmittelbaren Demokratie 78
II. Die Vertretungskörperschaft und die Gemeindeverwaltung 80
III. Prinzipien einer idealen Gemeindeverfassung 84

§ 13 Die Gemeindeordnung und die Organisationshoheit der Gemeinden 85

I. Die Gemeinderatsverfassung 85
II. Bürgerausschuss, Gemeindeversammlung und Bürgerentscheid 90
III. Erweiterung der Organisationshoheit aus rechtspolitischen Gründen ? 93

2. Abschnitt: Das Recht der kommunalen Organwalter und die Personalhoheit der Gemeinden

§ 14 Einführung und Abgrenzungen 97

Seite

§ 15 Die formellen Voraussetzungen für die Wahl der Gemeinderäte und des Bürgermeisters 98

§ 16 Die persönlichen Voraussetzungen der Wahl 101

A. Die Wahl zum Gemeinderat 101
B. Die Bestellung zum Bürgermeister 102

I. Die Wählbarkeitsvoraussetzungen 102
II. Das Fehlen weiterer Eignungsvoraussetzungen 105

§ 17 Hinderungsgründe für die Tätigkeit als Gemeinderat oder Bürgermeister: Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverbote und Inkompatibilitäten 109

§ 18 Art und Inhalt der "Anstellungsverhältnisse" der gemeindlichen Organwalter 110

I. Die Rechtsstellung der Gemeinderäte 110
II. Das Anstellungsverhältnis des Bürgermeisters 111

§ 19 Das Disziplinarrecht der Gemeinderäte und des Bürgermeisters 114

I. Die gesetzliche Regelung 114
II. Die Vereinbarkeit mit der Personalhoheit der Gemeinde 114

§ 20 Aufwandsentschädigung, Besoldung und Versorgung 115

I. Aufwandsentschädigung der Gemeinderäte 115
II. Bezüge und Versorgung der hauptamtlichen und Aufwandsentschädigung der ehrenamtlichen Bürgermeister 116

§ 21 Die Beendigung der Amtszeit 120

A. Bei den Gemeinderäten 120
B. Beim Bürgermeister 121

I. Die regelmässigen Beendigungsgründe 121
II. Die vorzeitige Beendigung der Amtszeit 122

§ 22 Die Ausschaltung der gemeindlichen Organwalter durch den Staatsbeauftragten 127

Seite

TEIL III

Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Gemeinden

§ 23 Die Garanten und Mittel zur Durchsetzung der aus der institutionellen Garantie des Selbstverwaltungsrechts fliessenden Rechte 130

I. Der Bund und seine Schutzpflicht 130
II. Die Abwehrrechte der Gemeinden 131

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (1886 ff.)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bad.	Baden, badisch
BadStGH	Staatsgerichtshof für das Land Baden
BadWürtt.	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
BadWürttGemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25.7.1955, GBl. S. 129
BadWürttLKrO	Landkreisordnung für Baden-Württemberg vom 10.10.1955, GBl. S. 207
BadWürttStGH	Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg
BadWürttVBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt Landesbeilage der Zeitschrift: Die öffentliche Verwaltung (1956 ff.)
BadWürttVerf.	Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953, GBl. S. 173
Bay.	Bayern, bayerisch
BayGemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.52 i.d.F. vom 13.3.59, GVBl. S. 113
BayVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946, BayBS I S. 3
BayVerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
Bd.	Band
BesG	Besoldungsgesetz
BGBl.	Bundesgesetzblatt Teil I und II
BGH	Bundesgerichtshof
Bgm	Bürgermeister

BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz. Redakt. B. Dennewitz, fortgeführt von K.G. Wernicke, Hamburg 1954 ff.
BremVerf.	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21.10.1947, GBl. S. 251
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz "Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts" vom 1.7.1957, BGBl. I S. 667
BTDr	Drucksachen des deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (1952 ff.)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, BGBl. I S. 243, i.d.F. vom 21.Juli 1956 (BGBl. S. 662)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
ders.	derselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
DVO	Durchführungsverordnung
E.	Entscheidung(en)
Erl.	Erläuterung
f.(f.)	folgende (Seite(n); für
G	Gesetz
GABl.	Gemeinsames Amtsblatt
GBl.	Gesetzblatt
Ged.Schr.	Gedächtnisschrift
gem.	gemäß
GemO	Gemeindeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, BGBl. I S. 1
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hess.	Hessen, hessisch
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz und Thoma, Bd. I, Tübingen 1930, Bd. II, Tübingen 1932
h.L.	herrschende Lehre

i.d.F.	in der Fassung
i.(e).S.	im (engeren) Sinne
I.M.	Innenministerium
insbes.	insbesondere
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
i.V.	in Verbindung
JZ	Juristenzeitung, Tübingen (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
Kom.	Kommentar
KomHdb	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Hans Peters, 3 Bände, Berlin, Göttingen, Heidelberg. Bd. I 1956, Bd. II 1957, Bd. III 1959.
KomPolBl.	Kommunalpolitische Blätter (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
KWG	Gesetz über die Kommunalwahlen
KWO	Kommunalwahlordnung für Baden-Württemberg vom 27.7.1959, GBl. S. 111
LBesG	Landesbesoldungsgesetz
LBG	Landesbeamtengesetz
LBGE	Entwurf eines Landesbeamtengesetzes für Baden-Württemberg, 3. Landtag, Beilage 600, vom 23.1.1961, S. 921 ff
LTDr	Landtagsdrucksache
LVerwG	Landesverwaltungsgesetz, vom 7.11.1955, BadWürttGBl. S. 227, i.d.F. vom 15.2.1956, GBl. S. 27
LVG	Landesverwaltungsgericht
NdS	Niedersachsen, niedersächsisch
NdSGemO	Niedersächsische Gemeindeordnung vom 4.3.1955, GVBl. S. 55
n.F.	neue Folge
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
NRW	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NRWGemO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1952 i.d.F. vom 9.6. 1954, GVBl. S. 219
OVG	Oberverwaltungsgericht

OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
PreußOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RegBl.	Regierungsblatt
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt 1871-1945, ab 1922 Teil I und II
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (1880 ff.)
RhPf	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RhPfGemO	Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz i.d.F. vom 5.10.1954, GVBl. S. 117, Teil A Gemeindeordnung
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof für das Land Rheinland-Pfalz
Rdnr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.a.	siehe auch
SaarlGemO	Gemeindeordnung des Saarlandes vom 10.7.1951, Abl. S. 995
SaarlVerf.	Verfassung des Saarlandes vom 15.12.1947, Abl. S. 1077; letzte -wichtige- Änderung durch Gesetz vom 20.12.1956, ABl. S. 1657
SchlH	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
SchlHGemO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 24.1.1960, GVBl. S. 25
StGH	Staatsgerichtshof
SV	Selbstverwaltung
Urt.	Urteil
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch.	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungspolitik und Verwaltungsrecht. Köln, Berlin (1893 ff)
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassung- und Verwaltungsrecht. München und Berlin

VG	Verwaltungsgericht
VHG	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (1924 ff, zitiert nach Heft und Seite)
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) vom 11.8.1919, RGBl. S. 1383
Württ.	Württemberg, württembergisch
WürttBadVGH	Verwaltungsgerichtshof für das (ehemalige) Land Württemberg-Baden
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht, Stuttgart und Köln (1953 ff.)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Literaturverzeichnis

Anschütz, Gerhard	Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Recht, Tübingen / Leipzig, 2. Aufl. 1901, zit.: Die gegenwärtigen Theorien
ders.	Art. "Gesetz" in: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 1913, herausgegeben von Max Fleischmann
ders.	Die Verfassung des Deutschen Reichs, 8. Aufl., Berlin 1928
Antoniolli, Walter	Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954
Anz, H.	Überlegungen zu § 21 Abs. 2 Bundesbesoldungsgesetz und § 21 Abs. 2 Hess.BesG, ZBR 58, 263
Arndt, Adolf	Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 51, 297
Bachof, Otto	Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung in: Laforetfestschrift 1952, S. 285 ff
ders.	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 55, 97
ders.	Urteilsanmerkung zu BverwGE vom 27.6.55, JZ 56, 33 ff
ders.	Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 58, 468
ders.	Nochmals Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JZ 58, 6
ders.	Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83, 208
Bauer, Walter	Gemeindliche Personalhoheit im Besoldungsrecht, KomPolBl. 56, 400
ders.	Die Angleichungsvorschriften für Kommunalbeamte im neuen Besoldungsrecht, ZBR 58, 83

Becker, Erich	Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, KomHdb I (1956) S. 113
Berkenhoff	Die Austrägalfunktion der inneren Gemeindeverfassung, DVBl. 53, 42
Bettermann, Karl A.	Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), 118
Böckenförde, Ernst W.	Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 1, Berlin 1958
Böckenförde, Hans D.	Die personalrechtlichen Bindungen der kommunalen Selbstverwaltung (Die Personalhoheit und das kommunale Dienstrecht in Nordrhein-Westfalen), Dissertation Münster 1959, zit.: Bindungen
Bünger, Ludwig	Dienststrafrechtliche Besonderheiten für Beamte der Gemeinden und Landkreise in Reich und Ländern vor und nach 1945, DVBl. 60, 894
Bütikofer, Gottfried	Die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden, Dissertation Zürich 1950
Cantner, Walter	Verfassungsrecht der Landkreise, KomHdb I, (1956) S. 409
Denninger, Erhard	Zum Begriff des "Wesensgehalts" in der Rechtssprechung (Art. 19 Abs. 2 GG), DÖV 60, 812
Edler v. Hoffmann, H.	Zwang der Gewaltenteilung im Gemeindeverfassungsrecht DÖV 54, 326
Elleringmann, Rudolf	Begriff und Wesen der körperschaftlichen Selbstverwaltung, Berlin 1936
Elsner, Werner	Gemeindeverfassungsrecht in den Ländern der Magistratsverfassung, KomHdb I, (1956) S. 280
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
Ermacora, Felix	Die Organisationsgewalt VVDStRL 16 (1958), 191

Forsthoff, Ernst	Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931, zit.: Körperschaft
ders.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München und Berlin 1961, zit.: Lehrbuch
Gerth, Erich	Das Recht der Sparkassenbeamten in Nordrhein-Westfalen, ZBR 58, 91
Giacometti, Zaccaria	Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone 1941
Giere, Gustav	Die allgemeine Verwaltung, KomHdb II (1957) S. 7
v. Gierke, Otto	Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, 1873, zit.: Körperschaftsbegriff
ders.	Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I, Berlin 1868, zit.: Genossenschaftsrecht
Gilsdorf, Peter	§ 73 Abs. 1 der Gemeindeordnung ist verfassungswidrig! BadWürttVBl. 59, 177
v. Gneist, Rudolf	Das Selfgovernment und die Verwaltungsgerichte in England, 3. Aufl. Berlin 1871
Göb	Was sind eigentlich einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung? in: Die Gemeinde, 57, 165
Goetz, Harry	Die ausländischen Gemeinden im Vergleich zu den deutschen, KomHdb I (1956) S. 597
Gönnenwein, Otto	Das deutsche Gemeindeverfassungsrecht, AöR 74 (1948), 191
ders.	Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955 S. 511 ff, zit.: Jellinekgedächtnisschrift
ders.	Zu einigen Fragen des heutigen Gemeinderechts, AöR 81 (1956), 214
Görg, Hubert	Kommunales Dienstrecht, KomHdb II (1957) S. 44 ff

Görg, Hubert	Urteilsanmerkung zu BverfGE vom 10.7.1957, ZBR 58, 104
Grabendorff, Walter	Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremer Personalvertretungsgesetz, ZBR 59, 169
Grundmann, Werner	Die Rathausparteien, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 31 (1960)
Haas, Diether	Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, AöR 80 (1955), S. 81
Haenel, Albert	Studien zum deutschen Staatsrecht, Bd. II: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888
Hamann, Andreas	Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, NJW 56, 1
ders.	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. Neuwied/Berlin 1961, zit.: Kommentar
v. Hausen, Heinz und v. der Heide, Hans-Jürgen	Die rechtliche und funktionelle Bedeutung der Art. 84 und 85 GG, DÖV 58, 753
v. Hausen, Heinz	Nochmals: Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers aus Art. 84 und 85 GG, DÖV 60, 1
ders.	Zur Diskussion über die Bundeszuständigkeit aus Art. 84 und 85 GG. DÖV 60, 441
Helfritz, Hans	Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens. Ein Beitrag zur Organlehre, Berlin 1916, zit.: Vertretung
Heller, Hermann	Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL 4, 98
Henrichs, Wilhelm	Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, DVBl. 54, 728
Hettlage, Karl Maria	Der Gestalt- und Bedeutungswandel der gemeindlichen Selbstverwaltung seit 1919, Festgabe für van Aubel, Stuttgart/Köln 1954, S. 107, ff

Hofmeister, Walter	Interessenkollisionen nach deutschem Gemeindeverfassungsrecht, Göttingen 1955, zit.: Interessenkollisionen
Huber, Ernst Rudolf	Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Bd. II Stuttgart (1960): Der Kampf um Einheit und Freiheit
Hülle, Werner	Besprechung: Eb. Schmidt, Lehrkommentar, JZ 61, 103
Ipsen, Hans Peter	Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie, DÖV 55, 225
Jacobi, Erwin	Die Rechtsverordnungen, HdbDStR Bd. II (1932) S. 236
Jansen, L.-J.	Die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen und der Grundsatz der Gewaltenteilung, DÖV 54, 328
Jellinek, Georg	Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887
ders.	System der subjektiv öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905, zit.: System
ders.	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, Neudruck Darmstadt 1959
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931
Jesch, Dietrich	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR (1957) Bd. 82, 163
ders.	Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsverordnungen? Zum Beschluß des BverfG vom 6.5.1958, Bd. 8, 155, AöR Bd. 84 (1959), 74
ders.	Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung "staatlicher" Aufgaben, DÖV 60, 739
ders.	Besprechung: E.W. Böckenförde, vgl. oben, AöR Bd. 85 (1960), 472
ders.	Gesetz und Verwaltung, Tübinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 2 (1961)
Junken, Heinz	§ 73 Abs. 1 der Gemeindeordnung ist verfassungswidrig! BadWürttVBl. 59, 181

Kantel, Willy	Gemeindeverfassung und Gemeindeverwaltung, 2. Aufl. Göttingen 1956, zit.: Gemeindeverfassung
Kessler	Der Bund und die Kommunalpolitik DVBl. 53, 1
Klickermann	Glosse zum Fall Marcello, BadWürttVBl. 56, 38
Klocke, Nordfried	Der Beamte auf Zeit, Dissertation Göttingen 1959
Kollmann, Othmar	Nochmals: Zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung, DÖV 51, 145
Kormann, Karl	Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, Annalen des Deutschen Reichs, Bd. 44, 865
Köttgen, Arnold	Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung, Tübingen 1931, zit.: Krise
ders.	Nation und Staat, Blätter für deutsche Philosophie, Bd. 5, Berlin 1931, Heft 2/3, S. 190 ff
ders.	Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, Berlin 1939
ders.	Innere Struktur und Zuständigkeit der Gemeindevertretur DVBl. 52, 421
ders.	Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz, DVBl. 5 445
ders.	Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeinde-verbände, KomHdb I, 185
ders.	Gemeindeverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, KomHdb I (1956) S. 360
ders.	Art. "Selbstverwaltung" im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 Tübingen/Göttingen 1956 S. 220
ders.	Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, Stuttgart/ Köln 1957, zit.: Gemeinde
ders.	Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958) S. 154

Kraus, Emil	Bürgermeisterverfassung in Rheinland-Pfalz, KomHdb I (1956), S. 334
Kunze - Schmid	Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Stuttgart 1956
Laband, Paul	Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde, Berlin 1871, zit.: Budgetrecht
ders.	Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5. Aufl. Tübingen 1911, Bd. 2, zit.: Staatsrecht
Lammers - Simons	Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung Bd. I Berlin 1920 - 1928 Bd. II Berlin 1929
Lange, Gerhard	Die Bewertung der Dienstposten in der öffentlichen Verwaltung, Teil I Grundlagen, Schriftenreihe zur Organisation und Dienstpostenbewertung der Deutschen Bundespost, Bd. I Starnberg 1960, zit.: Die Bewertung der Dienstposten
v. Mangoldt - Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt 1957, Bd. I
Maunz, Theodor und Dürig, Günter	Grundgesetz, Kommentar München und Berlin 1961, zit.: Maunz-Dürig
Menzel, Walter	Über die Selbstverwaltung und ihre Organisation, DVBl. 50, 657
Meyer - Anschütz	Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. München 1919, zit.: Meyer-Anschütz
Meyer, Klaus	Hinausschiebung der Altersgrenze für Kommunalbeamte? DVBl. 52, 589
v. Mohl, Robert	Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 1885 Erlangen, Bd. I, zit.: Staatswissenschaften

v. Mohl, Robert	Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2. Aufl. Tübingen 1840, Bd. II, zit.: Staatsrecht
Müller, Gerhard	Aktuelle Fragen des kommunalen Beamtenrechts in Baden-Württemberg, ZBR 58, 97
ders.	Die Besoldung der Bürgermeister, BadWürttVBl. 58, 81
ders.	Die Dienstbezüge der besoldeten Bürgermeister und Beigeordneten, BadWürttVBl. 60, 17
Müller, Trudpert	Bemerkungen zur Rechtsstellung und Wahl des Landrats, BadWürttVBl. 57, 68
Muntzke - Schlempp	Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung, Bad Homburg und Berlin 1954, zit.: Muntzke-Schlempp
Müthling, Hans	Die verfassungsrechtliche Sicherung der Selbstverwaltung, DÖV 51, 33
Nawiasky, Hans	Grundbegriffe der Gemeindeautonomie, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungsku an der Handelshochschule St. Gallen, Bd. 6 (1946) S. 14 ff
ders.	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, zit.: Allg. Rechtslehre
Nawiasky - Leusser	Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946, München und Berlin 1948, zit.: Kommentar
Obermayer, Klaus	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart 1956,
ders.	Über die Rechtsnatur und Anfechtbarkeit kommunaler Gebiets- und Statusänderungen, BayVBl. 58, 69
ders.	Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes. Zum Urteil vom 6.5.58, Bd. 8, 155, DVBl. 59, 354
ders.	Staatsrechtslehrertagung 1958, AöR Bd. 84 (1959) S. 94

Otto	Der Beamte als Träger der Staatshoheit - Beitrag zur Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG, ZBR 56, 233
Peters, Hans	Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926, zit.: Grenzen
ders..	Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände, HdbDStR II, 264
ders.	Unzeitgemäße Selbstverwaltungsangelegenheiten? DÖV 49, 326
Peters, Hans	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin-Göttingen-Heidelberg. Bd. I : Kommunalverfassung 1956 Bd. II : Kommunale Verwaltung 1957 Bd. III : Kommunale Wirtschaft und kommunale Finanzen 1959
Preuß, Hugo	Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889
Randel, E.	Stellenkegel als Maßstab für die Bemessung und Zuteilung von Dienstposten, ZBR 59, 273
Reinhardt, Fritz	Die Gemeindeautonomie nach solothurnischem Recht, Dissertation Zürich 1934
Rinck, Hans-Justus	Parteienstaat und Selbstverwaltung, JZ 61, 73
Rohwer-Kahlmann, Harry	Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze, AöR 79, 208
Rooschütz	Einige Bemerkungen zum Gemeindebeamtenrecht in Baden-Württemberg, in: "Die Verwaltungspraxis" 57, 32
Rosin, Heinrich	Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, Annalen des Deutschen Reichs Bd. 16 (1883), S. 265
v. Rotteck, Carl	Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, 2. Aufl. Leipzig 1839, Bd. III, zit.: Staatsrecht
ders.	Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften, Bd. I Stuttgart 1829

Ruppert, Ernst	Genehmigungspflicht des Stellenplanes und Selbstverwaltungsgarantie, in: "Das Recht im Amt" 59, S. 133
Sattler, Herbert	Gemeindliche Finanzverfassung, KomHdb III (1959), S. 1
v. Savigny, Friedrich	System des heitigen römischen Rechts, 1849, Bd. II
Schäfer, Hans	Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände, DÖV 51, 573
Scheuner, Ulrich	Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4 (1953), 88
Schmitt, Carl	Verfassungslehre, Berlin 1928
ders.	Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, zit.: Hüter
ders.	Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, HdbDStR Bd. II, 572
Schneider, Hans	Anmerkung zum Urteil des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen vom 3.5.1957, ZBR 57, 240
Schüle, Adolf	Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, Tübinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 3 (1961)
Spanner, Hans	Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 57, 640
Spreng-Birn-Feuchte	Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart und Köln 1954, zit.: Spreng-Birn-Feuchte
Stern, Klaus	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch Bd. 49 (1958), S. 106
Strauß, Walter	Zur Frage der Wählbarkeit von Beamten, DÖV 49, 143
Strich, Hermann	Der Staatskommissar im Kommunalrecht, Dissertation Göttingen 1954, zit.: Staatskommissar

Süsterhenn-Schäfer	Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950 zit.: Süsterhenn-Schäfer
Thieme, Werner	Staat und Gemeinden im Saarland, DVBl. 58, 261
Thierfelder, Hans	Die staatsrechtliche Bedeutung des Staatshaushaltsplans, Dissertation Tübingen 1959, zit.: Staatshaushaltsplan
Thoma, Richard	Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, Festgabe für Otto Mayer 1916, S. 165, zit.: Vorbehalt
ders.	Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze, HdbDStR Bd. II (1932), § 71
Ule, Carl Hermann	Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 133
Walz, Ernst	Gemeindeverfassungsrecht in den Ländern der süddeutschen Ratsverfassung, KomHdb I (1956), 235
Weber, Werner	Parlamentarische Unvereinbarkeiten (Inkompatibilitäten), AöR Bd. 19 (1930), S. 161
ders.	Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl. München 1943, zit.: Körperschaften
ders.	Wandlungen der Kommunalverwaltung, DÖV 48, 19
ders.	Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Bd. 9 (1953), zit.: Staats- und Selbstverwaltung
ders.	Die Niedersächsische Gemeindeordnung, DVBl. 55, 613

ders.	Die ungelöste Problematik der Gemeindeverfassung, DÖV 59, 641
Werner, Fritz	Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgereichtsbarkeit, DVBl. 52, 549
Wolff, Hans-Julius	Organschaft und juristische Person: Bd. II, Theorie der Vertretung, Berlin 1934
ders.	Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. München und Berlin 1961
Wolff, Hans Wilhelm	Die Organisationsgewalt und ihre Grenzen bei der Gliederung der Gemeindeverwaltung, Dissertation Köln 1958, zit.: Organisationsgewalt
Zachariae, Heinrich A.	Deutsches Staatsrecht und Bundesrecht, Bd. I Göttingen 1865, zit.: Staatsrecht
Ziebill, Otto	Die "Zweigleisigkeit" in Nordrhein-Westfalen, in: Der Städtetag 59, 3
Zuhorn, Karl	Gemeindeverfassung, Siegburg 1954
N.N.	Bericht (Bürgerausschuß- und Gemeindeversammlungsverfassung in Baden-Württemberg), BadWürttVBl. 56, 167

VORWORT

Zu Beginn des letzten Krieges unterstellte der Erlaß über die Vereinfachung der Verwaltung vom 28. August 1939 (RGBl. I S. 1535) die Gemeinden der Weisungsbefugnis der staatlichen Behörden. Der Staat beraubte damit die Gemeinde des ihnen in Artikel 127 der Weimarer Reichsverfassung garantierten Selbstbestimmungsrechts. Diese der deutschen Geschichte und Mentalität widerstreitende Zentralisierung der öffentlichen Verwaltung beendigte, nachdem schon Landesverfassungen und Landesgesetze weitgehend die frühere Rechtslage wiederhergestellt hatten, endgültig Artikel 28 des Grundgesetzes mit der für die Länder verbindlichen Normativbestimmung: "Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln." Dem ist Baden-Württemberg in Artikel 71 der Verfassung nachgekommen: "Das Land gewährleistet den Gemeinden ... das Recht der Selbstverwaltung. Sie verwalten ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze unter eigener Verantwortung."

Gleichwohl ist nicht eindeutig, was diese Verfassungsbestimmungen schützen und sichern wollen. Inhalt und Grenzen ihrer Garantien sind auch heute noch umstritten. Dies beweisen zahlreiche Gerichtsentscheidungen und wissenschaftliche Bemühungen, die versuchen, das Verständnis für das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden zu fördern und ihr Verhältnis zum Staat unter Abwägung der beiderseitigen Interessen mehr und mehr zu klären. Auch diese Schrift soll dazu einen Beitrag liefern; doch kann der grundsätzlichen Frage um Sinn und Wert der kommunalen Selbstverwaltung nur insoweit Aufmerksamkeit gewidmet werden, als dies für die Untersuchung der Sonderprobleme der Arbeit erforderlich erscheint.

Erstmals hat Hans Peters 1926 in seinem grundlegenden Werk "Die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen" in einem geschlossenen System nicht nur die von der Gemeinde zu erfüllenden Sachaufgaben, sondern auch die Einwirkungen des Staates auf "die Grundlagen jeder Gemeinde, ... ihre Organisation, Organe und Finanzen" erörtert. Er gesteht selbst zu, daß er für diese Bereiche zu einer Lösung gelangt, die einen Kern der überwunden geglaubten Gierke-Preuß'schen Lehren von originären Rechten der Gemeinden im Ergebnis rechtfertigt.

Noch heute wird versucht, gemeindliche Freiheiten in den Bereichen des Organisations-, Personal- und Finanzwesens aus der Garantie des Selbstverwaltungsrechts abzuleiten. Peters dagegen ist der Ansicht, daß gemeindliche Rechte auf diesen Gebieten nicht aus dem Begriff der Selbstverwaltung abgeleitet werden könnten. Er zieht vielmehr insoweit aus dem Wesen der Gemeinde als öffentliche Körperschaft und aus ihrer Rechtsfähigkeit Folgerungen, die bei konsequenter Durchfüh-

rung eine Umgestaltung des Gemeinderechts wie auch ganz allgemein des Rechts der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zur Folge haben müßten. Eine Untersuchung der "Existenzaufgaben" -wie Peters diese Grundlagen jeder Gemein nennt- ist um so wichtiger, als neuerdings eine unter seiner Betreuung entstanden Dissertation von Hans Wilhelm Wolff diese Thesen erneut zu rechtfertigen und in Artikel 28 des Grundgesetzes einzubauen versucht.

Diese Arbeit wird eine Darstellung der geschichtlichen und theoretischen Grund- lagen, verbunden mit der Würdigung dieser Lehren als logischen Unterbau voraus schicken. Darnach soll unter Beachtung der entwickelten Grundsätze die Verfas- sungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelungen in Baden-Württemberg untersucht werden. Im Laufe der Untersuchungen werden sich einzelne weitere Beschränkun- gen rechtfertigen lassen; insbesondere kann das gemeindliche Finanz- und Wirt- schaftsrecht nur insoweit berücksichtigt werden, als dies zur Darstellung der beid erstgenannten Problemkreise, die den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung bilden, notwendig ist. Andererseits wird die Rechtslage in den andern Bundes- ländern und im benachbarten Ausland soweit dienlich herangezogen. Ein Schluß- teil über den Schutz der gefundenen Gemeindefreiheiten soll die Untersuchung abrunden.

TEIL I

Geschichtliche und allgemeine Grundlagen

1. Abschnitt: Die geschichtlichen Grundlagen des Selbstverwaltungsgedankens und seine heutige Bedeutung.

§ 1 Die geschichtlichen Grundlagen.

I. Die Gemeinde im absoluten Staat:

Untersuchungen über die Anfänge und Grundlagen der modernen Selbstverwaltung beginnen meist mit dem Hinweis auf die Bedeutung, die die Nassauer Denkschrift des Freiherrn vom Stein vom Juni 1807 und die Preußische Städteordnung vom 19.11.1808 auf die verfassungsrechtliche Neuordnung in Preußen und in den anderen deutschen Staaten gehabt haben. Dabei werden jedoch die Verhältnisse nicht deutlich, die vom Stein zu ändern beabsichtigte und denen im 19. Jahrhundert trotz gewisser Fortschritte der Kampf des Bürgertums galt.

Auch an dieser Stelle würde es zu weit führen, die Vielfalt und Stärke der zumeist auf verbrieften Rechten der Fürsten und Kaiser beruhenden Stadtfreiheiten im Mittelalter auch nur in groben Zügen darzustellen. Wichtig ist jedoch die Erkenntnis, daß im absoluten Fürstenstaat des 17. und 18. Jahrhunderts für eine freie Stellung der Städte und die eigenverantwortliche Erledigung der gemeindlichen Angelegenheiten kein Raum war. Ihre Rechte wurden von den Territorialherrn mit Erfolg bekämpft und auch in neuerworbenen Landesteilen bald beseitigt (Soest noch 1752). Den Gemeinden wurden alle öffentlichen Aufgaben entzogen und auf den bis in die kleinste Gemeinde vorgeschobenen staatlichen Behördenapparat übertragen. Die Staatsidee duldete keine öffentlichen Institutionen neben dem Staate; er selbst war vielmehr der Inbegriff aller öffentlichen Gewalt [1]. Von Gemeinden im überkommenen oder heute wieder gebräuchlichen Sinn konnte nicht mehr gesprochen werden. Sie waren Staatsanstalten und Verwaltungsbezirke[2], die staatliche Verwaltungsbeamte und oft ausgediente Unteroffiziere verwalteten; zumindest wurden aber ihre Magistrate in weitreichendem Maße staatlich beaufsichtigt.

Die damalige Auffassung kommt deutlich im Allgemeinen Preußischen Landrecht (1794) zum Ausdruck, das den Städten lediglich zur Erreichung der

---

1) v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. I S. 642; Forsthoff, Körperschaft S. 18
2) v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. I S. 707.

staatlichen Zwecke die Eigenschaft einer "privilegierten Korporation" und "in Ansehung des Kämmereivermögens die Rechte eines Minderjährigen" beilegte [3]. Die staatliche Vormundschaft über das Leben der Städte kann nicht treffender zum Ausdruck gebracht werden, als dies in dem Entwurf eines rathäuslichen Reglements für die Landeshauptstadt Berlin aus dem Jahre 1736 geschah, wo es heißt[4]: "Es werden Seine Königliche Majestät und dero geordnete hohe Collegia besser als der Magistrat urteilen und wissen, wie das Rathaus besetzt, die Stadt regieret und das gemeine Beste gehandhabt werden müsse."

Man darf allerdings nicht unbesehen von den Verhältnissen in Preußen auf eine gleiche Rechtslage in ganz Deutschland schließen. Diese war in den einzelnen Territorien sehr unterschiedlich. Auch gab es insbesondere in Süddeutschland bis zur großen "Flurbereinigung" Napoleons im Reichsdeputationshauptschluß von 1806 viele Frei- und Reichsstädte mit großer Selbständigkeit. Wie stark jedoch auch in den süddeutschen absolutistischen Staaten der Einfluß des Fürsten und seines Behördenapparates war, beweist der Schlußsatz von § 4 der Württembergischen Kommunordnung vom 1. Juni 1758, wonach darauf gesehen werden soll, "was Wir als Ihr von Gott Ihnen vorgesetzter Regent und Oberhaupt, aus landesfürstlicher Macht und aus treuer Wohlmeynung für das Heil Unserer lieben Untertanen befohlen, erlaubt und verbotten haben ..." Den Gemeinden wurden hauptsächlich auf vermögensrechtlichem Gebiet gewisse Rechte zugestanden. Auch hier bestand aber eine Kluft zwischen dem Bürger mit seinem "beschränkten Untertanengeist" und der Obrigkeit, so daß die Bevölkerung zwangsläufig dem öffentlichen Dingen fremd gegenüberstand; dies umsomehr, als König Friedrich den Gemeinden ihre geringen Rechte wieder streitig machte [5].

II. Die Entwicklung bis zur Weimarer Reichsverfassung:

Trotz des landesherrlichen Absolutismus und der Entmachtung der Städte war immer ein Kampf um die verlorengehenden gemeindlichen Rechte und Freiheiten im Gange. Dies beweist etwa ein Protest des Düsseldorfer Magistrats aus dem Jahre 1786 beim Kurfürsten und ständischen Landtag, in dem gegen die ohne seine Mitwirkung vorgenommene Ernennung eines städtischen Polizeikommissars vorgebracht wurde[6], "noch niemals habe ein hauptstädtisch

---

3) § 156, II 8
4) zit. nach Kantel, Gemeindeverfassung, S. 3
5) Vgl. dazu v. Mohl, Staatsrecht S. 149 ff
6) zit. nach Muntzke - Schlempp, S. 207 Anm. 1

Magistrat in Verfassung, Herkommen und Freiheiten einen so starken Einbruch erlitten". Derartige Bestrebungen erhielten neuen Auftrieb durch die geistigen Strömungen der Aufklärung und des Rationalismus im 19. Jahrhundert. Zwar hatte schon die Preußische Städteordnung versucht, den Gegensatz zwischen Untertan und Obrigkeit durch stärkere selbstverantwortliche Betätigung der Bürgerschaft an der öffentlichen Verwaltung in der Gemeinde zu mildern und den Gemeinsinn zu beleben. Auch in Württemberg erging mit dem gleichen Ziel das sogenannte Organisationsedikt [7], das durch das Verwaltungsedikt[8] ersetzt wurde. Als jedoch die Restauration diese Freiheiten erneut gefährdete, machten sich die neuen Bewegungen entscheidend bemerkbar.

Zunächst stellte das Individuum den Anspruch auf eigene Persönlichkeitsentfaltung und Freiheiten vom Staate, die einen vor allem durch Grundrechte gesicherten staatsfreien Raum um den Einzelmenschen bilden sollten. Der Staat hörte auf, der Inbegriff der sozialen Erscheinungen zu sein, vielmehr fielen wesentliche soziale Erscheinungen aus dem staatlichen Bereich heraus; "so entstand neben dem Staat die Gesellschaft [9]." Diese war eine wesentlich polemische Erscheinung und hatte auf Grund ihrer Entstehung und Stoßrichtung den konkreten, damals bestehenden monarchischen Militär- und Beamtenstaat als Gegner, dem gegenüber alles, was nicht zu diesem Staate gehörte, eben Gesellschaft war [1]. Sie war im wesentlichen eine bürgerliche Gesellschaft, denn "bürgerliche Interessen, bürgerliche Lebenshaltung, bürgerlicher Denkstil, bürgerliche Wirtschaftsgesinnung, Kulturgesinnung und Staatsgesinnung prägten das Zeitalter[2]".

---

7) v. 31. 12. 1818, Reg. Bl. 1819, S. 17 8) v. 1. 3. 1822, Reg. Bl. S. 132

9) Forsthoff, Körperschaft S. 9

1) Carl Schmitt, Hüter S. 73; v. Mohl, Staatswissenschaften, S. 88

2) E. R. Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. II (1960), S. 310. Interessant ist seine Charakterisierung dieser Gesellschaft: "Unter bürgerlicher Gesellschaft verstehen wir die im 19. Jahrhundert in den europäischen Völkern siegreich durchdringende gesellschaftliche Bewegung und Ordnung, die durch vier Merkmale gekennzeichnet war:

1. durch die Befreiung des Einzelnen aus den überlieferten ständischen und staatlichen Bevormundungen und seinen Durchbruch zur personalen Autonomie, d. h. zur freien Selbstbestimmung in einem staatsfreien Eigenbereich, besonders in der Wirtschaft und der Kultur;
2. durch die Selbstregulierung des wirtschaftlichen und kulturellen Schaffensprozesses im freien Spiel der Kräfte und das Erreichen eines maximalen wirtschaftlichen und kulturellen Leistungsstandes im freien Leistungswettbewerb;

Dieser Umwandlungsprozeß beschränkte sich jedoch nicht darauf, das Verhältnis zwischen Staat und Individuum neu zu gestalten, sondern erfaßte auch die Neugliederung der staatlichen Organisation und die Umgestaltung des Verhältnisses zu den Gemeinden [3]. Schon die französische Nationalversammlung von 1789 hatte einen eigenen pouvoir municipal der Gemeinden anerkannt, der selbständig neben den drei klassischen Staatsgewalten stand und die Gemeinden vor der Allgewalt der staatlichen Gesetzgebung und Exekutive schützen sollte. Die belgische Verfassung vom 17. Februar 1831 verlieh in ihren Art. 31 [4] und 108 Gemeinden erstmals ein verfassungskräftiges Grundrecht auf eigenständige Existenz und einen eigenen Wirkungskreis öffentlicher Angelegenheiten.

Diese Gedanken fanden auch in Deutschland Eingang; es trat hier eine Verbindung von Individual- und Kommunalfreiheit ein. Vor allem Carl v. Rotteck sprach vom "selbsteigenen Ursprung der Gemeinden [5]" und forderte gleichsam als kollektive Variante freier Persönlichkeitsentfaltung, unter dem Einfluß dieser Lehren für die Gemeinde "als Gesamtpersönlichkeit[6]" Eigen-

---

3. durch das Aufkommen einer neuen gesellschaftlichen Oberschicht, die sich als Träger allgemeiner Bildung und industriewirtschaftlich genutzten Besitzes auszeichnete, wobei sich zugleich die Einebnung und Anpassung der alten privilegierten Stände, insbesondere des Grundadels vollzog;
4. durch die Herrschaft der öffentlichen Meinung, d.h. der in freier Meinung und öffentlicher Diskussion spontan gebildeten, der ständigen Kritik ausgesetzten und daher in der ständigen Fluktuation befindlichen Überzeugung der gesellschaftlichen Schichten, vor allem ihrer Führungsschichten, von dem, was als wahr, als gerecht und als schön zu gelten habe."

3) vgl. zum folgenden BayVerfGH v. 21.11.1949, VGH n.F. Bd.II, II S.143 ff

4) "Les intérêts exclusivements communaux et provinciaux sont réglés par les conseils communaux ou provinciaux d'après les principes établis par la constitution."

5) Staatsrecht, Bd.III, S.32

6) Zu dieser Formulierung vgl. sein Lehrbuch des Vernunftrechts, Bd.I S.270 und Zachariae, Staatsrecht I S.559, der von "Kollektivindividuum" spricht. Ähnlich v.Mohl, Staatswissenschaften S.100: Zwischen Staat und Gemeinde sei es offenbar nicht anders, als im Verhältnis des Staates zur einzelnen Persönlichkeit.

verantwortlichkeit und staatlich unantastbare Grund- und Freiheitsrechte. Nach ihm hat die Gemeinde innerhalb ihres typisch eigenen, gemeindlichen Wirkungskreises ein natürliches Recht auf selbständige Ausübung der Gemeindegewalt: das Recht auf Selbstverwaltung. In diesem Zusammenhang also tritt der dem Freiherrn vom Stein noch unbekannte Begriff der Selbstverwaltung (SV) auf; hier ist zugleich die Lehre von dem im späteren Gemeinderecht so entscheidenden eigenen, prinzipiell staatsfreien Wirkungskreis begründet[7].

Entscheidend für die spätere Entwicklung ist auch, daß diese Gemeindefreiheiten der bürgerlichen Freiheit zugeordnet wurden und deshalb dem staatsfreien Bereich der Gesellschaft angehörten. Das Spannungsverhältnis zwischen Gesellschaft und Staat wiederholt sich im Verhältnis von Gemeinde und Staat, denn - so betont Robert v. Mohl - die Gemeinde ist "eine wesentlich gesellschaftliche Gestaltung[8]". Trotzdem stellt auch er die Gemeinde nicht völlig außerhalb des Staates wie etwa das Vereinswesen; aber ihr gesellschaftliches Gepräge überwiegt. Sie steht in jenem Bereich, der lediglich öffentlich ist, ohne staatlich zu sein; sie ist eine "Korporation des öffentlichen Rechts, die der Staat dem gesellschaftlichen Leben zu seiner Entfaltung zur Verfügung stellte[9]." Köttgen[1] bezeichnet diese verfassungsrechtliche Position der Gemeinde als mit dem Begriff einer dem Staate lediglich angegliederten Körperschaft glücklich umschrieben. An dieser Nahtstelle war der Dualismus von Staat und Gesellschaft gleichsam aufgehoben. Umgekehrt mußten die so gegründeten Gemeindefreiheiten in dem Augenblick fraglich werden, da die Spannung zwischen dem Staat und der Gesellschaft - und damit auch der Gemeinde als einer wesentlich gesellschaftlichen Gestaltung - entfielen. Dies umsomehr, als das nach Demokratie strebende Bürgertum die SV als politische Waffe gegen den monarchischen Obrigkeitsstaat benutzte [2].

Zunächst übernahm jedoch der Verfassungsstaat die natur- und grundrechtlichen Gedankengänge. Die Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849 garantierte im Abschnitt über die Grundrechte des Deutschen Volkes in Art. XI § 184 jeder Gemeinde als Grundrechte ihrer Verfassung:

---

7) So auch Jesch, DÖV 60, 739
8) v. Mohl, Staatswissenschaften, S. 89; Forsthoff, Körperschaft, S. 10
9) Forsthoff, Körperschaft, S. 20
1) Gemeinde, S. 30
2) W. Weber, Staats- u. SV, S. 31

a) Die Wahl ihrer Vorsteher und Vertreter,
b) Die selbständige Verwaltung ihrer Gemeindeangelegenheiten unter Einschluß der Ortspolizei unter gesetzlich geordneter Oberaufsicht des Staates,
c) Die Veröffentlichung des Gemeindehaushalts,
d) Die Öffentlichkeit der Verhandlungen als Regel.

Diese Bestimmung erlangte zwar nie Gesetzeskraft, aber sie beeinflußte die Gesetzgebung nach der Revolution von 1848. Art. 104 der oktroyierten Preußischen Verfassung vom 5.12.1848 enthielt ein entsprechendes Grundrecht. Auch in Österreich garantierte die von Stadion geschaffene Verfassung vom 4. März 1849 in § 33 eigene Grundrechte der Gemeinde; sie wurde ausdrücklich als "die Grundfeste des freien Staates" bezeichnet. Sowohl in Preußen durch Gesetz vom 24. Mai 1853, als auch in Österreich durch das Sylvesterpatent von 1851 wurden diese Bestimmungen wieder beseitigt. Da die Bismarck'sche Reichsverfassung von 1871 keine Bestimmungen über die SV enthielt, gestalteten bis zur Weimarer Reichsverfassung von 1919 die einfache Landesgesetzgebung und teilweise auch einzelne Landesverfassungen das deutsche Gemeinderecht[3].

Der von Rudolf v. Gneist in Anlehnung an englische Verhältnisse unternommene Versuch, die Spannung zwischen Bürgertum und Staat durch "politische Selbstverwaltung d.h. die innere Landesverwaltung der Kreise und Ortsgemeinden durch persönliche Ehrenämter unter Aufbringung der Kosten durch kommunale Grundsteuern[4]..." zu mildern, mißlang. Das Nebeneinander von Staatsverwaltung und bürgerlicher SV entsprach durchaus der damaligen deutschen Verfassungskonzeption[5].

§ 2 Die Gemeinde und die gemeindliche Selbstverwaltung im demokratischen Staat. Ihr Sinn und ihre Rechtsform.

I. Entwicklung und Theorie in der Weimarer Republik:

Mit dem Übergang von der monarchischen zur demokratischen Staatsform der Weimarer Republik entfällt notwendig die bisherige Spannung zwischen Staat und Gesellschaft, Regierung und Volk, denn alle Staatsgewalt geht

---

3) Die Art. 62 ff der Württembergischen Verfassung von 1819 galten bis 1903
4) Das Selfgovernment und die Verwaltungsgerichte in England, S. 879 (882)
5) Art. "Selbstverwaltung" im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 (1956) S. 220, bearbeitet von Köttgen

vom Volke aus (Art. 1 WRV). Die Gesellschaft hat sich selbst zum Staat organisiert; dieser ist zur "Selbstorganisation der Gesellschaft[6]" geworden. Staat und Gesellschaft sind grundsätzlich identisch[7]. Damit wird der bisherige Gegensatz zwischen Staats- und SV eingeebnet; die auf dem Gegensatz aufbauende SV muß zum Problem werden.

Es verwundert deshalb, wenn die WRV in Art. 127 ganz im Sinne der Tradition des 19. Jahrhunderts im Grundrechtsabschnitt das Recht der SV innerhalb der Schranken der Gesetze grantierte; als Grundrechtsgarantie zumal mußte diese Bestimmung als Fremdkörper wirken. Anschütz[8] bezeichnete diesen Artikel denn auch als "leerlaufendes" Grundrecht und als "materiell inhaltslos". Von anderen wurde auf Grund der veränderten staatsrechtlichen Verhältnisse die Berechtigung der SV überhaupt angezweifelt. Köttgen[9] zitiert eine amtliche Verlautbarung aus dieser Zeit, die ausdrücklich auf den Wegfall der Spannungen hinweist und betont, das demokratische Prinzip verlange entsprechend der Souveränität des Staates, "daß bei einem Konflikt zwischen dem Willen der örtlichen Bürgerschaft mit dem der gesamten Bürgerschaft, wie er durch die Organe des Staates vertreten wird, der letzte maßgebend sein muß". Auch Hans Peters [1] war 1926 davon überzeugt, daß "vom Standpunkt streng durchgeführter Demokratie alles beseitigt werden muß, was als eigener Wille der Durchsetzung des Gesamtwillens entgegentreten könnte". Dieser Demokratismus im Sinne Rousseau's unterscheidet sich , wie auch Forsthoff[2] ausführt, insoweit nicht von der absolutistischen Staatsauffassung, als auch er neben dem Staat als dem Repräsentanten der volonté générale andere institutionell öffentliche Gebilde nicht duldet[3]. Diese formal und absolut verstandene Demokratie anerkannte die SV bestenfalls als verwaltungstechnische, zweckbestimmte Einrichtung der Dezentralisation, die nach Belieben beseitigt werden kann.

Demgegenüber hat Köttgen[4] in eindringlichen Ausführungen, die auch heu-

---

6) Carl Schmitt, Hüter S. 78

7) Dabei ist, wie Forsthoff, Körperschaft S. 111 betont, Gesellschaft nicht im ausgesprochen polemischen Sinn des 19. Jahrhunderts zu verstehen; es soll vielmehr eine Aussage über die Identität von Regierenden und Regierten gemacht werden.

8) Noch in der 8. Aufl. seines Kom. zur WRV 1928, zu Art. 127

9) Krise, S. 35

1) Grenzen, S. 43 f

2) Körperschaft, S. 19

3) Vgl. auch v. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I S. 710

4) Krise, S. 40 ff und: Nation und Staat, S. 190 (208)

te noch Gültigkeit besitzen, nachgewiesen, daß "die Selbstverwaltung der Idee nach auch im demokratischen Staate eine besondere Mission zu erfüllen hat". Er bezeichnet die Frage nach dem Inhalt der Demokratie als Frage nach der Legitimität des demokratischen Staates. Dieser sei demokratisch legitimiert, wenn er sich auf Gebieten und in Formen bewege, für die ihm der Rückhalt in dem Gemeinschaftsbewußtsein des Staatsvolkes zur Seite stehe. Ist aber das Streben nach natürlicher selbständiger Gliederung ein Wesensmerkmal der deutschen Geschichte und Mentalität, ist die geistige Differenzierung entscheidend auch in der räumlichen Situation begründet, so ergibt sich zwingend die besondere Aufgabe, die eine gebietskörperschaftliche SV auch und gerade im demokratischen Staate zu erfüllen hat. Für Deutschland ist die Ablehnung jeglichen Übermaßes an Zentralisierung geradezu charakteristisch[5]. Sowohl Art als auch Ort der Willensbildung sind für das Wesen der deutschen Demokratie belangvoll; "sie steht und fällt mit der Bejahung der Vielfalt der demokratischen Prozesse. Jeder andere Weg endet im zentralistischen Einparteienstaat[6]."

In diese Richtung gingen im Ergebnis auch die Bemühungen der Interpreten der WRV, die "hinter der grundrechtlichen Fassade des Art. 127 die verfassungsrechtliche Garantierung einer öffentlichen Einrichtung entdeckten[7]". Insbesondere Carl Schmitt entwickelte in seiner Verfassungslehre (1928, S. 170 ff) die Lehre von der institutionellen Garantie der SV, die sich rasch durchsetzte. Gegen Ende der Weimarer Republik konnte er als Ergebnis seiner Untersuchungen zusammenfassen[8]: "So ist durch Art. 127 die Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit typischen Grundzügen, wie sie sich in der deutschen Entwicklung des 19. Jahrhunderts herausgebildet haben, gesichert und gegen jede Beseitigung durch einfaches (Reichs- oder Landes-)Gesetz geschützt. Dagegen ist in Art. 127 weder der status quo der Selbstverwaltungsgesetzgebung vom 14. August 1919 noch jeder einzelnen Gemeinde ein Recht auf Existenz oder Sicherheit gegen unfreiwillige Eingemeindung gegeben, noch etwa ein staatliches Konstruktionsprinzip in dem Sinne ausgesprochen, daß der Staat auf Gemeinden aufgebaut sein müsse, oder ein grundrechtliches droit municipal bestehe." Diese Ansicht wurde auch in der bekannten Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich vom 10./11. Dezember

---

5) So heute Hans Peters, DÖV 49, 328; vgl. auch W. Weber, DÖV 48, 19 ff
6) F. Werner, DVBl. 52, 551
7) Köttgen, Gemeinde S. 14
8) HdbDStR, Bd. II, (1932) S. 595

1929[9] bestätigt.

II. Die heutige Rechtslage:

1) Nicht wesentlich anders verhält es sich auch mit Art. 28 II GG, der die Gemeinde als Einrichtung und nicht als personifiziertes Kollektiv garantiert und gegenüber Art. 127 WRV lediglich das Prinzip der gemeindlichen Allzuständigkeit neu aufnimmt. An die Stelle grundrechtlicher Separierung zwischen Staat und Gemeinde im 19. Jahrhundert und völliger Unterordnung im 17. und 18. Jahrhundert ist eine "instituionelle Synthese[1]" getreten. Dies wird heute von dem Großteil der Lehre anerkannt[2].

Trotzdem darf der aufgezeigte Wert und das Ziel der SV nicht vergessen und die Gemeinde nicht als eine technische und zweckmäßige Verwaltungseinheit aufgefaßt werden. Der Genossenschaftscharakter des SVskörpers, den Otto v. Gierke so eindringlich hervorgehoben hat, ist ein entscheidendes Element seiner Substanz. Kommunales Leben und örtliche Gemeinschaft, die in eigener Verantwortung öffentliche Aufgaben des engeren Lebensraumes erfüllen, das Wohl der Einwohner fördern und die heimatliche Eigenart wahren, können nicht auf Befehl des Gesetzgebers gebildet oder beseitigt werden. Er ist nach beiden Richtungen an die soziologischen Voraussetzungen gebunden.

2) Die Auffassung von der Gemeinde als politischer und genossenschaftlicher Einheit darf andererseits nicht dazu führen, die These von der rechtlichen Originalität der Gemeinde und ihrer Rechte gegenüber dem Staat erneut zu vertreten. Gierke [3] sprach ja den Gemeinden eine eigene Persönlichkeit zu, welche der Staat so wenig schaffe, wie die eines einzelnen Staatsbürgers. Auch nach Preuß [4]sind die Gemeinden ihrer inneren Entstehung nach nicht gewillkürte, sondern gewordene Gebilde.

---

9) RGZ, Bd. 126, Anhang S. 22 = Lammers - Simons Bd. II, S. 99 (107)

1) Köttgen, Gemeinde S. 15

2) Vgl. statt aller Maunz-Dürig, Art. 28, Rdnr. 24 und Art. 19 Abs. III Rdnr. 38; BVerfGE 1, 174 ff. Zur Stützung der Ablehnung des Grundrechtscharakters der SVsgarantie könnte man sich - wäre man ein Freund der Wortinterpretation - sogar auf den Wortlaut des Art. 28 Abs. III GG berufen. Wenn der Bund gewährleistet, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundrechten und den Bestimmungen der Absätze I und II entspricht, so versteht das GG offenbar unter beidem etwas verschiedenes.

3) Genossenschaftsrecht, Bd. I, S. 758

4) Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, S. 260

Sicher ist an diesen Lehren die Betonung des genossenschaftlichen Charakters der Gemeinde richtig und wichtig. Auch mag es eine große Zahl von Gemeinden - wenn auch bei weitem nicht alle - geben, die vor dem Staat bestanden, doch wird man diese "Gemeinden" wohl besser als Staaten etwa im Sinne der altgriechischen Stadtstaaten bezeichnen müssen, denn ihnen war das wesentlichste Merkmal des Staates eigen, nämlich das der nicht mehr ableitbaren Herrschaftsgewalt[5]. Jedenfalls haben aber derartig historisierende Erwägungen für die rechtliche Qualifikation der Gemeinde keine Bedeutung. Im Gegensatz zu obigem Vergleich v. Gierke's muß bei der Gemeinde wie bei der Einzelpersönlichkeit zwischen der tatsächlichen und der rechtlichen Existenz scharf unterschieden werden:

a) Der Mensch lebt unbestreitbar als leib-seelisches, mit natürlicher Willensfähigkeit begabtes Wesen. Aber seine rechtliche Existenz kommt ihm nur dadurch zu, "daß die Rechtsordnung ihm zwangsbewehrte Pflichten auferlegt bzw. Bestimmungen über deren Zwangsdurchsetzung zuspricht[6]". Erst dadurch ist es ihm möglich, als Träger von Rechten und Pflichten in Erscheinung zu treten, wird er Rechtssubjekt, Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen. Es ist somit der Rechtsordnung überlassen, welche Arten von Berechtigungen und Rechtspflichten sie dem einzelnen Menschen zuschreibt, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sie ihn als Rechtssubjekt anerkennt. Statt ihm nur einzelne Rechte und Pflichten nach und nach zuzuweisen und ihn insoweit zum Rechtssubjekt zu machen, "entwickelt sich die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit, nicht bei jeder einzelnen Norm den Kreis der verpflichteten und berechtigten Personen abzugrenzen, sondern ein für alle Mal für große sachliche Rechtsgebiete zu statuieren, wer als Träger von Rechten und Pflichten in Betracht kommt. Dazu dient der Begriff der Rechtsfähigkeit, der für den Normalfall die Voraussetzungen angibt, bei deren Erfüllung die Eigenschaft als Normadressat bzw. Träger eines die Normsanktion bedingenden Willens als Rechtspflichts- bzw. Rechtssubjekt gegeben ist[7]". Mit der Verleihung dieser Rechtsfähigkeit wird der Mensch Person im Rechtssinne. Eine natürliche Rechtsperson gibt es nicht

---

5) G. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 449

6) Nawiasky, Allg. Rechtslehre, S. 172; vgl. zum folgenden auch Bachof, AöR, (1958) S. 208 ff und H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 148 ff

7) Nawiasky, Allg. Rechtslehre, S. 174

8) So schon G. Jellinek, System, S. 28; vgl. auch H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I S. 156: "Das natürliche Mensch-Sein ist juristisch ein Sachverhalt, an den das objektive Recht den Tatbestand des Person-Seins knüpft", und S. 151: "Alle Personen im Rechtssinne sind daher juristische".

b) Diese Eigenschaft kann die Rechtsordnung auch mit andersartigen Sachverhalten verknüpfen: Sie findet die Gemeindebürgerschaft als natürlichen Personenverband, als organisierte, soziale Einheit vor und behandelt sie als juristische Einheit, der grundsätzlich die gleiche rechtliche Stellung zugewiesen wird, wie der Einzelperson. Sie verleiht ihr die Rechtsfähigkeit, die rechtsordnungsgemäße Fähigkeit, "in einem System von Rechtssätzen im Verhältnis zu andern Träger von Pflichten und Rechten zu sein[9)]". Wie bei der Einzelpersönlichkeit bedeutet das nicht, daß sie nun Zurechnungssubjekt aller denkbaren Rechtssätze wäre, aber sie kann "am öffentlichen und privaten Rechtsverkehr und an Verfahren teilnehmen, auch ohne daß das jeweils besonders bestimmt ist oder erschlossen werden muß[1)]". Die tatsächlich vorhandene, rechtlich jedoch unbeachtliche Gruppe von Menschen wird dadurch, daß ihr die Rechtsordnung nicht nur einzelne, vielmehr einen Gesamtkomplex von Rechten und Pflichten überträgt, die Vollrechtsfähigkeit verleiht, "juristische Person" im Sinne der üblichen gesetzestechnischen Terminologie[2)]. Damit ist "die Gemeinde" rechtlich entstanden. Gerade die Verleihung der Rechtsfähigkeit ist also das spezifische juristische Mittel, um die schon bestehende natürliche Einheit wirksam juristisch zu unterstreichen, sie zu verfestigen und insbesondere eine klare Sonderung der Vermögensmassen herbeizuführen[3)]. Die übertragenen Rechte sind nicht Rechte der Mitglieder des Personenverbandes, sondern Rechte der davor stehenden Verbandsperson als juristischer Einheit[4)].

Da die Rechtsordnung der Gemeinde in der Hauptsache öffentliche Rechte und Pflichten zuweist, wird hier gegenüber dem Bereich der einheitlichen staatsunmittelbaren Verwaltung ein Komplex "mittelbarer Staatsverwaltung" begrifflich zur Darstellung gebracht[5)]. Die Gemeinde stellt zufolge

---

9) H.J.Wolff, Verwaltungsrecht I, S.150 und S.177

1) H.J.Wolff, Verwaltungsrecht I, S.150

2) Nawiasky, Allg.Rechtslehre, S.179 regt mit Recht an, in diesem Falle stets von juristischer Person im engeren Sinne zu sprechen oder aber den Beisatz wenigstens hinzuzudenken; auch der Einzelmensch ist ja juristische Person. Bei Beachtung dieser exakten Terminologie würde mancher Autor davon gewarnt, unbesehen folgenschwere Vergleiche zwischen den damit gekennzeichneten juristischen Sachverhalten anzustellen und Fehlschlüsse daraus zu ziehen.

3) Köttgen, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, S.11; H.J.Wolff, Verwaltungsrecht I, S.177

4) Bachof, AöR 83 (1958), S.262

5) W.Weber, Körperschaften, S.13. Zu dem Begriff der "mittelbaren Staatsverwaltung" eingehend Forsthoff, Lehrbuch, S.411 ff

des Schwergewichts ihrer Aufgaben einen Teil der öffentlichen Ordnung da
Sie wird deshalb als juristische Person öffentlichen Rechts und, da sie ein
mitgliedschaftlich organisierter Verband ist, dessen Wirken auf ein räum-
liches Gebiet beschränkt ist, als Gebietskörperschaft bezeichnet[6]. Außer-
dem kommt traditionsgemäß nach deutscher Rechtsordnung allen juristische
Personen öffentlichen Rechts auch privatrechtliche Rechtsfähigkeit zu[7].

3) Aus all dem wird klar, daß die Gemeinde rechtlich ein Geschöpf des
Staates[8] und trotz der rechtlich von ihm geschiedenen Existenz ein orga-
nisch in ihn eingegliederter Teil der öffentlichen Ordnung ist und bleiben
muß. Sie hat keine ursprünglich eigenen, sondern nur - wenn auch zu eige
nem Recht - übertragene und abgeleitete Rechte.

Demgegenüber greifen quasinaturrechtliche Ansichten[9] nicht durch. Das
gleiche ist zu dem Bekenntnis von Art. 11 Abs. 2 der Bayerischen Verfas-
sung zu sagen, der die Gemeinden als "ursprüngliche Gebietskörperschaf-
ten" bezeichnet. Nawiasky - Leusser verwerfen dies zurecht als "rechts-
theoretisch anfechtbar[1]".

Ebenso verfehlt wäre es, ein selbständiges vorstaatliches Selbstverwaltungs
recht der Gemeinde als "Verbandspersönlichkeit" aus dem Recht der freien
Entfaltung der Einzelpersönlichkeit (Art. 2 GG) herzuleiten. Ganzheiten si
ein "aliud" gegenüber der Summe ihrer Teile und nicht mit der Einzelper-
sönlichkeit vergleichbar[2], wie es auch die Naturrechtler im 19. Jahrhund
versucht haben.

Mit der Ablehnung des Grundrechtscharakters des Selbstverwaltungsrechts
wird nicht ausgeschlossen, daß der Gemeinde als juristischer Person gemäß
Art. 19 Abs. III GG einzelne Grundrechte zukommen, soweit diese ihrem

---

6) So alle Gemeindeordnungen der deutschen Länder jeweils in § 1; Bremer Ver-
fassung Art. 144

7) Zum Grund Bachof, AöR 83 (1958), S.267 und H.J.Wolff, Verwaltungsrecht I,
S.178

8) So im Ergebnis schon Peters, Grenzen, S.55; vgl. auch Köttgen, Gemeinde,
S.44, "ohne daß dieser Sachverhalt durch eine historisierende Argumentation
in Frage gestellt werden könnte".

9) Süsterhenn-Schäfer, Art.49, S.219; VGH RhPfE vom 10.12.47 und vom
5.12.50 zit.bei Henrichs, DVBl. 54, 728 ff

1) Kommentar S.86; Stern, VerwArch.49 (1958), S.136 spricht von
"antiquiert-mystisch".

2) Maunz-Dürig, Art.19 Abs.III, Rdnr. 3, S.3 Anm.2 betonen, daß solche Bilde
nur den Aberglauben mancher Kommunalrechtler verlängern, man könne

Wesen nach auf sie anwendbar sind. Dies ist etwa bei den ausgesprochenen Prozessgrundrechten sicher der Fall[3].

2. Abschnitt: Unabdingbare Rechte der Gemeinde als juristischer Person ?

§ 3 Folgerungen aus der Verleihung der Rechtsfähigkeit an die Gemeinde.

Verschiedene Autoren ziehen aus der Verleihung der Rechtsfähigkeit an die Gemeinde und damit ihrer Errichtung durch den Staat weitreichende Folgerungen:

I. Hans Peters[1] ist der Ansicht, als logische Folge der Gewährung eigener Rechtspersönlichkeit an die Gemeinde erscheine die Zulassung der rechtlichen Möglichkeit, einen eigenen Willen zu bilden und diesen zur Ausführung zu bringen. Es wäre ein logischer Unsinn, wenn das Gesetz bestimmen wollte: "Die Gemeinden sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Es ist ihnen aber verboten, eigene Organe und eigenes Vermögen zu haben." Die Anerkennung der Gemeinden als öffentliche Körperschaften umschließe also logisch "die Verleihung des Rechts auf eigene Organe, auf eigene Finanzverwaltung und auf Ausübung derjenigen Tätigkeiten, die sich aus der Notwendigkeit, die Organisation zu schaffen und zu erhalten, ergeben". Diese Rechte auf selbständige Organbildung, eigene Finanzverwaltung und Schaffung einer eigenen Organisation sei mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit eo ipso gegeben. Hierin liege das Richtige der Gierke-Preuß'schen Lehre; eine juristische Person erhalte mit ihrer Anerkennung als solche eo ipso eine Summe von Rechten und Pflichten. Diese für die Existenzerhaltung der juristischen Person notwendigen und daher jeder Körperschaft eigenen "Existenzaufgaben" stünden ihr freilich nicht von Natur aus zu, sondern verdankten ihre Entstehung der Schaffung der juristischen Person durch den Staat. Sei diese aber einmal vorhanden, so bedeute eine Beschränkung dieser ihrer Rechte einen zwar zulässigen, aber als solchen festzustellenden Eingriff des Staates mit möglichen Rückwirkungen auf die Existenz der juristischen Per-

---

die staatlich gewährte Garantie institutioneller Kompetenzen "vorstaatlich" und "naturrechtlich" begründen.

3) Maunz-Dürig, Art. 19 III, Rdnr. 38 ff; Köttgen, Gemeinde S. 40 und S. 52

1) Grenzen, S. 31 - 34

son. Insoweit könne der staatliche Einfluß, solle er nicht die juristische Pe sönlichkeit des Selbstverwaltungskörpers beseitigen, nicht beliebig weit ge hen. Aus alledem zieht er die Folgerung (S. 34): "Diejenigen eigenen An gelegenheiten, welche aus der Verleihung der juristischen Persönlichkeit a die Gemeinden als deren notwendige Folge entspringen, finden sich bei all Körperschaften des öffentlichen Rechts wieder - auch beim Staate und beim Reiche -; sie bilden also kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal der Selbstverwaltungskörper; sie sind zwar für die Gemeinden als öffentlich-rechtliche Verbände von Bedeutung, nicht aber für den Begriff der Selbstve waltung."

Sollte sich diese These als richtig herausstellen, so wäre dies für die Selb ständigkeit der Gemeinde von entscheidender Bedeutung. Cantner hat sich diese Auffassung bei seinen Untersuchungen über das Verfassungsrecht der Landkreise unter Berufung auf Peters fast wörtlich zu eigen gemacht[2].

II. Neuerdings vertritt H.W. Wolff[3] diese Ansicht ausdrücklich und erweitert s Er geht davon aus, daß es unmöglich sei, aus dem Begriff des SVrechts da zu umschreiben, was zum Begriff der gemeindlichen Organisationsgewalt gehöre. Man gerate so zwangsläufig in die unüberwindliche Schwierigkeit, "einen allgemeingültigen Katalog über Art und Umfang der Aufgaben, Rechte und Pflichten zusammenzustellen, die den Komplex des Selbstver waltungsrechts ausmachen (S. 21)". Wenn vielmehr ein Merkmal geeignet sei, etwas bezüglich der Organisationsgewalt auszusagen, so sei es "das allen juristischen Personen des öffentlichen Rechts gemeinsame Merkmal der Rechtsfähigkeit (S. 53)".

Auch er ist der Ansicht, daß zugleich mit der Zuerkennung der Rechtsfähig keit noch ein Mehr an die Gemeinde verliehen werde. Solle sie eine recht erhebliche Tätigkeit entfalten können, so müsse sie eigene Organe haben, und um lebensfähig zu sein, bedürfe sie eigener Finanzquellen und eigene Vermögens (S. 56). Diese für die Existenz der Gemeinden als juristischen Personen unabdingbaren Rechte erschöpfen sich aber nicht in der Inhaberschaft, sondern zum begrifflichen Inhalt der juristischen Persönlichkeit gehöre auch Organbildung und Vermögensverwaltung, also die eigene entspre chende Handlungsfähigkeit; denn "unlösbar und logischerweise verbunden mit der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, verleiht also die Rechtsfähigkeit gleichzeitig die Handlungsfähigkeit in bezug auf diese Rechte und Pflichten[4]".

---

2) KomHdb I (1956) S. 427 3) Organisationsgewalt, S. 21 ff

4) Organisationsgewalt, S. 57. Insoweit kann sich H. W. Wolff zurecht auch auf Ellerингmann: Begriff und Wesen der körperschaftlichen SV, S. 40 berufen.

Diese Handlungsfähigkeit bedeute nichts anderes als die Fähigkeit zur Betätigung der Organisationsgewalt als der wichtigsten Kraft, die der Existenzerhaltung der Gemeinde als Körperschaft zu dienen bestimmt sei. Vermöge dieser werde sie in den Stand versetzt, "Organe zu bilden, Rechtsstellung und Befugnisse dieser Organe, Dienst- und Arbeitsverhältnisse der Angestellten und Arbeiter, Bildung von Behörden und Dienststellen, ihre Ausstattung mit Personal und Material als auch die gesamte Organisation ihres kommunalen Verwaltungssystems in betriebswirtschaftlichem Sinne durch organisatorische Anordnungen zu regeln (S. 83)." Kurz, die für die Begriffsbildung der gemeindlichen Organisationsgewalt erforderlichen Merkmale seien aus dem Wesen der juristischen Person einwandfrei ableitbar (S. 69). Die Bewidmung mit dieser Fähigkeit bedürfe als logische Folge der Verleihung der Rechtsfähigkeit und dem darauf folgenden Recht auf eigene Organe und eigene Finanzverwaltung keiner weiteren gesetzlichen Ermächtigung (S. 207). Insoweit sei ein Kern der Gierke-Preuß'schen Lehren richtig.

H.W. Wolff ist jedoch nicht der Ansicht, daß diese Organisationsgewalt mit dem der Gemeinde garantierten SVsrecht nichts zu tun habe. Vielmehr sei die Betätigung der Organisationsgewalt eine Verwaltungstätigkeit (S. 60); da aber SV eine Verwaltungstätigkeit im weitesten Sinne des Wortes sei, sei die Betätigung der Organisationsgewalt somit auch SV und in Art. 28 II GG mit garantiert. Die Tatsache, daß alle Verwaltungstätigkeiten der Gemeinde, die Ausfluß ihrer Organisationsgewalt seien, ihr eo ipso mit der Anerkennung als öffentliche Körperschaft zustehen und legitimer Inhalt des Begriffs der kommunalen SV seien, werde auch heute noch leicht übersehen und sei eine der Ursachen für die Unklarheit des Begriffs (S. 63). Obwohl er also mit Peters der Ansicht ist, daß die Organisationsgewalt der Gemeinde nicht durch das SVsrecht vermittelt werde (so ausdrücklich nochmals S. 80), kommt er so zum Schluß, die Grenzen der gemeindlichen Organisationsgewalt seien identisch mit den Grenzen der kommunalen SV. Eingriffe in diese Organisationsgewalt seien nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässig, wie Eingriffe in das SVsrecht (S. 83, 209).

Festzuhalten bleibt, daß H.W. Wolff seine Untersuchungen und Ergebnisse auf diejenigen juristischen Personen öffentlichen Rechts beschränkt wissen will, für die eine persönlich Mitgliedschaft Wesensmerkmal ist (S. 53); sie sollen insbesondere nicht für rechtsfähige Anstalten gelten.

§ 4 Die Widersprüchlichkeit und rechtstheoretische Unhaltbarkeit dieser Lehren.

I. Die inneren Widersprüche:

1) Es ist inkonsequent, wenn H.W. Wolff seine Ergebnisse auf öffentliche Körperschaften beschränkt, denn er baut seine Untersuchungen ausdrücklich

auf "das allen juristischen Personen öffentlichen Rechts gemeinsame Merkmal der Rechtsfähigkeit". Seine Ergebnisse können deshalb nur richtig sein, wenn sie für alle juristischen Personen öffentlichen Rechts zutreffen. Im übrigen enthebt er sich selbst dieser Einschränkung, wenn er wenige Sätze zuvor betont (S. 53), aus der Tatsache, daß die Gemeinde ein mitgliedschaftlich organisierter Verband ist, sei für ihre Organisationsgewalt nichts abzuleiten.

2) Weiter bleibt unverständlich, weshalb sich H.W. Wolff zur Sicherung der Organisationsgewalt auf das SVsrecht beruft. Wenn diese nicht durch das SVsrecht vermittelt wird, kann sie auch nicht dadurch gesichert werden. Die Einschränkungsmöglichkeiten müssen sich wie die Begründung aus dem Begriff der Rechtsfähigkeit und juristischen Person ergeben. Pters betont denn auch folgerichtig, daß staatliche Einflüsse insoweit auf die Existenz der juristischen Person zurückwirkten. Ob sich dann noch Einschränkungskriterien finden ließen, muß bezweifelt werden. Jedenfalls erscheint es aber paradox, wenn H.W. Wolff für ein der Gemeinde angeblich ipso iure mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit zustehendes Recht aus der Garantie des SVsrechts Einschränkungsmöglichkeiten ableitet. Die SV wäre ein Danaergeschenkt. Wie verhält es sich insoweit bei den juristischen Personen ohne SVsrecht ?

II. Die rechtstheoretischen Grundlagen:

Die dargestellten Ansichten stehen und fallen mit der Richtigkeit der Grundlagen, auf denen sie aufbauen, also den Begriffen Rechtsfähigkeit, juristische Person und Handlungsfähigkeit. Da zudem der Begriff des "Organs" und damit auch der seiner "Rechtsstellung und Befugnisse" in der Literatur in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht wird, kann eine Untersuchung nicht zum Ziele führen, die nicht zuvor diese Begriffe klärt[5]. Hierzu wurde bei der Erörterung des rechtlichen Ursprungs der Gemeinde schon wesentliche Vorarbeit geleistet. Hier bleibt zu vertiefen:

1) Die Vollrechtsfähigkeit ist die von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit in einem System von Rechtssätzen allgemein Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Sie ist ein "rechtliches Qualifikationsmoment für den Träger

---

5) Die davon unabhängige Frage, ob die Betätigung der gemeindlichen Organisationsgewalt im Sinne von H.W.Wolff wirklich eine "Verwaltungstätigkeit" wäre, bleibt besonderen Untersuchungen vorbehalten. Sie ist ein Hauptproblem der Arbeit und mit der Ausgangspunkt der richtigen Lösung.

der Fähigkeit, ein rechtlicher Zustand, ein Rechtsstand[6]".

2) Mit der rechtlichen - im Gegensatz zur natürlichen - Handlungsfähigkeit verhält es sich ähnlich. Auch sie ist ein rechtlicher Zustand des Trägers dieser Fähigkeit. Sie ist die von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit einer juristischen Person (im weiteren und engeren Sinne), durch ihre Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen. Die Handlungsfähigkeit setzt somit die Rechtsfähigkeit voraus und fügt deren Voraussetzungen weitere hinzu[7]; nicht aber bedingt die Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit. Zwar können beide auf manchen Rechtsgebieten zusammenfallen, doch ist das eine Frage der gesetzlichen Regelung und nicht der logischen Konsequenz. Rechtsfähig kann ein menschlicher oder außermenschlicher Rechtsträger auch sein, ohne daß er handlungsfähig ist und die ihm zustehenden Rechte und Pflichten selbst wahrnehmen kann. Auch so können ihm Rechte und Pflichten entstehen, sofern nur dazu keine Tätigkeit entfaltet werden muß[8]. Rechtliche Existenz und Innehabung von Rechten und Pflichten sind somit von der rechtlichen Handlungsfähigkeit scharf zu trennen, auch wenn nicht verkannt wird, daß diese rechtliche Fähigkeit für den jeweiligen Rechtsträger von großer Bedeutung ist. Soll er jedoch einen Anspruch darauf haben, so muß ihm dieser von der Rechtsordnung zusätzlich eingeräumt werden. Ein Blick auf das gesetzliche Vertretungsrecht der Minderjährigen, Entmündigten usw. bestätigt die Richtigkeit dieser Auffassung.

3) Juristische Person (i.e.S.) ist die gesetzestechnische Bezeichnung für einen außermenschlichen Rechtsträger, dem von der Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit verliehen ist [9]. Eine Erörterung der Theorien über das Wesen der juristischen Person, angefangen von der Fiktionstheorie[1] über die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit[2] bis zu deren modernen Verbesserungen[3] würde hier keinen Nutzen bringen. Es ist heute unbestritten, daß die juristische Person bzw. der damit gekennzeichnete juristische Tatbestand als gedankliche Wirklichkeit wie alle juristischen Abstraktionen und Begriffe tatsächlich besteht[4]. Außerdem ihr Naturdasein nachweisen zu wollen, ist

---

Nawiasky, Allg.Rechtslehre, S.197 7) Nawiasky, Allg.Rechtslehre, S.175
Nawiasky, Allg.Rechtslehre, S.189 führt an: Ausdehnung des Grundeigentums durch Anlandung, Zuwachs von Kapitalzinsen, Entstehung einer Steuerpflicht usw.
Vgl. auch H.J.Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 151
Hauptvertreter v.Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II S.226
v.Gierke, Körperschaftsbegriff, S.958 ff
Enneccerus - Nipperdey, Allg.Teil, § 103, S.610
So schon G.Jellinek, System, S.17

erkanntermaßen ein untauglicher Versuch.

4) Die Gemeinde kann gerade weil sie als juristische Person nur eine ge-
dankliche Wirklichkeit ist, am Rechtsverkehr nur teilnehmen, wenn ihr
hierzu natürliche Persönlichkeiten zur Verfügung stehen. Hier taucht nun
der unklare Begriff des "Organs" auf. Manche verstehen unter Organ den
für die juristische Person handelnden Menschen, andere den Zuständigkeit
bereich, in dem dieser tätig wird, dritte gar beides zusammen. An der Be
zeichnung ist nichts gelegen, wenn es sich lediglich um eine Frage der Ti
minologie handelt. Nicht aber kann man für zwei verschiedene rechtliche
Erscheinungen, die beide juristisch von Bedeutung sind, den gleichen Be-
griff wählen, soll nicht die einheitliche Benennung zu Verwechslungen un
Fehlschlüssen führen. Ist die Unterscheidung sachlich gerechtfertigt, so
sollte sie auch terminologisch eingehalten werden. Das aber ist hier der
Fall:
Bei der Gemeinde als Körperschaft liegt es nahe, daß die Gesamtheit der
Mitglieder für sie handelt. Der Rechtsverkehr verlangt jedoch eine einfa
Regelung. Außerdem muß überhaupt bestimmt werden, welche der ver-
schiedenen der juristischen Person zustehenden Funktionen unter welchen
Voraussetzungen für und gegen sie ausgeübt werden können. Weiter bedarf
es der Regelung, wann Handlungen einzelner oder aller Mitglieder oder
Außenstehender als Handlungen der juristischen Person gelten sollen, den
die Einzelpersonen gehen ja niemals in der Betätigung für die juristische
Person auf, sondern bewahren daneben ihre private Existenz[5].

Selbst die Summe aller Mitglieder ist nicht in der Lage, rechtlich wirksa
Handlungen für die juristische Person vorzunehmen, wenn ihr nicht von d
Rechtsordnung diese Fähigkeit zugestanden ist. Die Mitglieder sind von si
aus so wenig in der Lage, diese Voraussetzungen festzusetzen, wie sie sic
als Einheit selbst zur juristischen Person erheben können. Eigene Regelung
haben ohne die Legitimation durch die Rechtsordnung keinerlei rechtliche
Bedeutung.

Bestimmt nun die Rechtsordnung oder ein von ihr Ermächtigter (evtl. also
auch die Gemeinde) nicht von Fall zu Fall, sondern generell, welche Fun
tionen unter welchen Voraussetzungen mit Rechtswirkung für die juristisch
Person wahrgenommen werden können, so legen sie damit einen abstrakte
Zuständigkeitsbereich, einen Komplex von Berechtigungen und Verpflicht
gen verbindlich fest. Dieser ist wie die juristische Person selbst verschied
von dem ihn tragenden menschlichen Substrat und bildet ebenso eine be-
griffliche Abstraktion. Viele bezeichnen ihn als "Organ" der juristischen

---

5) Nawiasky, Allg.Rechtslehre, S.190

Person, innerhalb dessen sie durch natürliche Personen unmittelbar selbst zur Darstellung gebracht werden kann. So definiert Kormann[6]: "Organe sind Einrichtungen, durch die ein Verband handelnd in Erscheinung tritt, nicht identisch mit den Personen durch die sie gebildet werden, vielmehr losgelöst von diesen, daher sich selbst gleichbleibend, trotz des Wechsels der sie bildenden Personen, objektiviert[7]". Regelmäßig erfolgt die Aufteilung der Aufgaben der juristischen Person in Zuständigkeitskomplexe durch ihre Verfassung oder Satzung. Es ist eine Frage der Zweckmäßigkeit und des beabsichtigten Zieles, ob alle ihr zustehenden Berechtigungen und Verpflichtungen zu einem Zuständigkeitskomplex vereinigt oder in mehrere aufgeteilt, ob deren jeweilige Funktion von einer oder mehreren natürlichen Personen wahrgenommen werden sollen. Damit ist zugleich gesagt, daß ein Zuständigkeitskomplex aus einer einzigen Funktion bestehen kann[8].

Bezeichnet man mit den zitierten Autoren den durch die Verfassung begründeten Zuständigkeitskomplex als Organ, so ist es zumindest unzweckmäßig, auch die subsistierende natürliche Person als Organ zu benennen. Es bestünde natürlich die Möglichkeit, den Begriff des Organs der Person vorzubehalten, und die Institution als Zuständigkeits-, Kompetenzkomplex oder ähnlich zu bezeichnen. Derartige unschöne Ausdrücke lassen sich jedoch vermeiden. H.J. Wolff[9] hat für die Person, die die Funktionen des Organs wahrnimmt, den treffenden Ausdruck "Organwalter" geprägt, der deshalb im folgenden übernommen werden soll.

Von der Organschaft, die sich auf den abstrakten Zuständigkeitsbereich bezieht, von den rechtlichen Beziehungen, die zwischen dem Organwalter als in der Organstellung tätigen Menschen und der juristischen Person bestehen (Organwalterverhältnis), ist weiter seine Rechtsstellung als selbständiges Rechtssubjekt im Verhältnis zur juristischen Person, das "unterliegende Dienstverhältnis" zu unterscheiden. Wenn die Aufgaben, die der Organwalter auf Grund seines Beamten- oder Angestelltenverhältnisses für die juristische

---

6) Annalen des Deutschen Reiches, Bd.44 (1911), S.865

7) In diesem Sinne auch Helfritz, Vertretung, S.37 ff; G.Jellinek, System, S.231. H.J.Wolff, Theorie der Vertretung, S.231: "Organ ist ... ein durch die Organisation begründeter Zuständigkeitskomplex."

8) Dies ist bei den sogenannten "Kreationsorganen" der Fall, deren Tätigkeit (die Wahl) sich jeweils in einem einzigen Willensakt erschöpft. Vgl. dazu Helfritz, Vertretung S.34; G.Jellinek, Allg.Staatslehre, S.545

9) Theorie der Vertretung, S.228 f

Person zu erfüllen hat, mit seinen Funktionen als Organwalter zusammenfallen, so sind das Organwalterverhältnis und das Anstellungsverhältnis zu einem Rechtsinstitut zusammengefaßt: der Bürgermeister einer Gemeinde als Organwalter und als Beamter oder Angestellter. Trotzdem darf nicht übersehen werden, daß hier zwei verschiedene Rechtsbeziehungen eine Verbindung eingegangen sind, deren Voraussetzungen und Wirkungen nach verschiedenen Gesichtspunkten beurteilt werden müssen. Es mag z.B. die vorzeitige Abberufung eines Bürgermeisters als Organwalter aus kommunalrechtlichen Gründen möglich oder sogar geboten erscheinen; trotzdem kann dies aber auf Grund seiner Beamteneigenschaft nicht zulässig sein oder doch eine ganz bestimmte Ablösungsart bedingen[1].

III. Die Folgerungen:

1) Mit der Abgrenzung der Bereiche Organschaft, Organwalterverhältnis und unterliegendes Dienstverhältnis wird vollends deutlich, was H.W. Wolff unter dem Recht "Organe zu bilden, Rechtsstellung und Befugnisse dieser Organe zu regeln" verstehen kann und auch versteht:
Die Gemeinde ist ipso iure mit der Zuerkennung der Rechtsfähigkeit und der darauf fußenden Organisationsgewalt befugt, ihre Organwalter selbst zu bestellen.
Weiter kann sie die Rechtsstellung und Befugnisse der Organwalter regeln. Das könnte nach den obigen Unterscheidungen sowohl die Regelung des unterliegenden Dienstverhältnisses, also des Dienstrechts der Organwalter, als auch die Festlegung der Organe, innerhalb deren diese tätig werden, bedeuten. Zur ersten Möglichkeit äußert sich H.W. Wolff nicht weiter. Zweifelsfrei faßt er unter seiner Formulierung jedoch die zweite Auslegung. Unter dem Gesichtspunkt der Organisationsgewalt der Gemeinde stellt er für Baden-Württemberg (aaO S. 142 ff) die Stellung des Bürgermeisters im Verhältnis zum Gemeinderat, den dem Bürgermeister zustehenden Kompetenzbereich (§§ 43,44 GemO) usw. dar, also genau den abstrakten Bereich der unter dem Begriff Organ gefaßt wurde. Die nahezu abschließenden organisatorischen Regelungen der Gemeindeverfassung in den Gemeindeordnungen vermag H.W. Wolff nur zu rechtfertigen, weil er die Organisationsgewalt der Gemeinde als durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II GG eingeschränkt betrachtet. Seine Feststellung, daß vom SVsrecht her nichts gegen

---

1) Vgl. auch die scharfe Trennung der herrschenden Lehre zwischen der Organ(walter)stellung und dem Dienstvertrag des Geschäftsführers einer GmbH, zu deren Beendigung sie zwei Rechtsgeschäfte verlangt: Abberufung und Kündigung. Dazu BGHZ v. 19.1.1961, JZ 61, 545 mit Anmerkung von Schilling.

die Regelung des Gemeindeverfassungsrechts durch den Staat einzuwenden sei, wurde als von seinem Ausgangspunkt verfehlt erkannt. Bezeichnenderweise lehnt er bei der Anwendung seiner These die Gierke-Preuß'schen Lehren wieder ab, obwohl er zumindest mit seiner Begründung der Organisationsgewalt gerade ihren Kern als richtig erkannt haben will[2].

2) Aus den vorangegangenen Begriffserklärungen ergibt sich demgegenüber:

a) Aus der Rechtsfähigkeit der Gemeinde folgt nicht ihre Handlungsfähigkeit. Da sie aber der Organwalter nur bedarf, um handlungsfähig zu sein, ist sie auch rechtsfähig, ohne Organwalter zu haben. Aus der Rechtsfähigkeit folgt also nicht ein Recht auf Organwalter und erst recht nicht auf deren selbständige Bestellung.
Selbst wenn der Gemeinde Handlungsfähigkeit zugestanden ist, so ist damit noch nicht gesagt, wer berechtigt sein soll, die Organwalter auszuwählen. Bestellt sie der Staat, so beeinträchtigt er damit nicht die juristische Persönlichkeit oder die Handlungsfähigkeit. Die Gemeinde als juristische Person bleibt davon unberührt; es treten keine Rückwirkungen auf ihre rechtliche Existenz ein. Vielmehr erlangt sie gerade durch die Bestellung der Organwalter die Möglichkeit, einen eigenen Willen zu bilden und diesen zur Ausführung zu bringen.
b) Ähnlich verhält es sich mit dem behaupteten Recht auf eigene Vermögensverwaltung. Aus dem Begriff der Rechtsfähigkeit folgt lediglich die Möglichkeit, Träger von Vermögensrechten zu sein, nicht aber ein Recht auf Vermögen oder gar Vermögensverwaltung. Beides kann schlechterdings nicht aus einer rechtlichen Möglichkeit abgeleitet werden. Auch die Tatsache, daß ein Großteil der Aufgaben der Gemeinde nur mit finanziellen Mitteln erledigt werden kann, bedingt kein Recht auf eigenes Vermögen. Die erforderlichen Mittel können notfalls vom Staat von Fall zu Fall zugeteilt werden. Auch damit wird die Rechtsfähigkeit der Gemeinde nicht beeinträchtigt. Selbst wenn die Gemeinde aber Vermögen hat, so folgt daraus nicht das Recht, dieses auch selbst zu bewirtschaften. Dazu bedarf sie der entsprechenden Handlungsfähigkeit, die nicht "logisch und untrennbar" mit dem Vermögensrecht, dem Eigentum verbunden ist.
c) Wie ein Recht auf selbständige Organwalterbestellung, Organbildung und eigene Vermögensverwaltung nicht aus der Verleihung der Rechtsfähigkeit folgt, so fließen auch alle übrigen Elemente der Organisationsgewalt nicht aus ihr. Damit ist der gesamten Lösung die Grundlage entzogen. Trifft sie auf die Gemeinden ganz oder teilweise zu, so ist dies kein Beweis für die

---

2) So nochmals in der Schlußbemerkung, Organisationsgewalt S. 201 gegen S. 207

Richtigkeit der Begründung. Der Gesetzgeber ist somit nicht verpflichtet, das Recht der rechtsfähigen Anstalten so tiefgreifend umzugestalten, wie es eine Durchführung der auf dem Begriff der Rechtsfähigkeit aufbauenden Thesen erfordert hätte; auch den öffentlichen Körperschaften brauchen keine neuen Rechte zugestanden zu werden[3]. Wie die insoweit für die Gemeinden geforderten Rechte begründet werden können bzw. welchen Umfang sie richtigerweise haben müßten, bleibt zu untersuchen.

3. Abschnitt: Das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden.

A. Das Organisations- und Dienstrecht in der allgemeinen Theorie.

§ 5 Gegenstand und Problemstellung

I. Der Gegenstand:

Wenn nach diesen erfolglosen Versuchen, Inhalt und Grenzen einer gemeindlichen Organisationsgewalt zu bestimmen, erneut die Notwendigkeit besteht, den nicht geklärten Begriff zu untersuchen bzw. festzustellen ob der Gemeinde überhaupt derartige Rechte zustehen, so hat sich doch der strittige Problemkreis abgezeichnet. Sucht man einer Klärung des Begriffs durch eine sprachliche Interpretation noch etwas näher zu kommen, so kann man mit der jedenfalls insoweit zutreffenden Formulierung Ermacoras zu

---

3) Zum Wesen der rechtsfähigen Anstalten und der Körperschaften des öffentlichen Rechts eingehend Forsthoff, Lehrbuch § 24 II, der erheblich von den Grundthesen von Peters und H. W. Wolff abweicht, ja im Ergebnis abweichen muß; vgl. im besondere S. 427, 436. Bei den Universitäten mit Rechtsfähigkeit würde sich nach den abgelehnten Thesen ein besonders interessanter Streitpunkt ergeben, je nach dem man sie mit der überwiegenden Lehre als öffentliche Körperschaften oder nach anderer Ansicht als Anstalten auffassen sollte (zum Stand der Meinungen vgl. Forsthoff, Lehrbuch S. 428 Anm. 5 und S. 443 Anm. 2). Nur im ersteren Falle hätten sie die von H. W. Wolff aus ihrer Rechtsfähigkeit abgeleiteten Rechte.
Unausgesprochen gegen diese Thesen auch Köttgen, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, S. 48 ff, S. 75.

ersten Teil der Wortverbindung sagen[1]: "Organisation ist die Summe der für das Funktionieren der Machtausübung eines Rechtsträgers jeweils vorhandenen Mittel, deren Handhabung darauf abzielt, eine Ordnung bei der Machtausübung herzustellen, um bestimmte Zwecke mit dem adäquaten Minimum an Arbeit und Kosten zu erreichen."

Überträgt man diese Definition auf die hier vor allem interessierende Staats- und Gemeindeorganisation und die Vorschriften, die diese regeln, so kommt man den Untersuchungen Forsthoff's über das Organisationsrecht[2] bereits sehr nahe. Zu dem Organisationsrecht im sachlich-apersonalen Sinn hebt er zunächst den Arbeitscharakter der modernen Verwaltung hervor. Sie sei "von der Wirklichkeit her und nicht in der Perspektive einer abgelebten Dogmatik gesehen, ein gewaltiger Arbeitsvorgang, und die Organisation, in der sie verfaßt ist, eine Arbeitsinstitution großen Stils". Die Verwaltungsorganisation sei somit eine Arbeitsinstitution zur Verwirklichung der staatlichen Zwecke. Das Organisationsrecht habe die Gestaltung der Funktionsträger und die Zuweisung der Befugnisse und Obliegenheiten (Zuständigkeiten) zum Gegenstand[3].
Diese Charakterisierung ist von Spanner[4] ausdrücklich übernommen worden. Mit Recht sind auch H. Peters und W. Weber [5] der Ansicht, daß es für das Organisationsrecht im Prinzip keinen Unterschied zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung gibt. Sie lehnen damit die Auffassung Köttgen's [6] ab, wonach die organisatorischen Vorschriften hinsichtlich dieser Verwaltungszweige gesondert betrachtet werden müßten. Erstere Ansicht wird daher übernommen und im folgenden vorausgesetzt.

---

1) VVDStRL 16 (1958), S. 200 2) Lehrbuch, S. 375 ff
3) Lehrbuch, S. 384. Einen entsprechend rein deskriptiven Sinn legen die bei Maunz-Dürig, Art. 84 Rdnr. 3 Anm. 1 zit. Autoren dem Begriff der Organisationsgewalt bei; sie umfasse die Gesamtheit aller Zuständigkeiten und Befugnisse, die notwendig sind, um den staatlichen und sonstigen öffentlichen (Verwaltungs-) Behördenaufbau, die Art und Zahl der Behörden und die Wahrnehmung der staatlichen Befugnisse durch sie zu regeln.
4) DÖV 57, 642
5) VVDStRL 16, (1958), S. 244, 250
6) VVDStRL 16 (1958), S. 174. Rechtspolitisch begründete Vorbehalte macht insoweit auch das BVerfGE vom 6. 5. 1958, Bd. 8, 155 ff; gegen diese Jesch AöR 84 (1959), S. 74 (91)

Damit ist jedoch die Definition Ermacora's nicht ausgeschöpft. Man muß unter den Mitteln auch die von Forsthoff aus Zweckmäßigkeitsgründen zunächst ausgeschiedenen und als Materie sui generis späteren Untersuchunge vorbehaltenen personellen Mittel verstehen und das Dienstrecht der innerhalb des Rechtsträgers tätigen Personen (Beamte, Angestellte und Arbeiter) hinzufügen. Bereits hier wird demnach deutlich, daß sich H.W.Wolff unte dem Gesichtspunkt der Organisationsgewalt der Gemeinde nicht zu Unrecht mit gewissen, sich aus dem Dienstrecht der genannten Personen ergebenden Befugnissen des Rechtsträgers befaßt.hat.

II. Die Problemstellung:

Mit der Erkenntnis des Gegenstandes des Organisationsrechts tritt die juristi sche Frage der Organisationsgewalt, wie sie seit langem die Theorie vor allem auf organisatorisch-apersonalem Gebiet beschäftigt, erst deutlich hervor. Ähnlich taucht sie neuerdings auch für das Dienstrecht der Beamten Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst bzw. für die sich aus die ergebenden beamten- und arbeitsrechtlichen Befugnissen auf. Das Proble ist, wer in einem Staate, dessen Staatsgewalt in die drei klassischen Gewa ten gegliedert ist (Art. 20 II GG, Art. 25 BadWürttVerf.), berechtigt sein soll, diese Funktionen wahrzunehmen. Daß die Organisationsgewalt eine B fugnis ist, die mit der Staatsgewalt ipso iure gegeben ist, bedarf keiner Be gründung. Ob dies auch in dem Sinne zutrifft, daß sie dem obersten Leiter der Exekutive ohne weiteres zusteht, gleichgültig, ob sie ihm durch die Ve fassung ausdrücklich zuerkannt ist oder nicht[7], ist die Frage. Die Entschei dung des Streites, der sich seit jeher zwischen Legislative und Exekutive ab gespielt hat, ist aber möglicherweise auch wichtig für die Rechte der Gemeinde, deren Tätigkeit sich wesentlich im Bereich der "Staatsfunktion Ve waltung[8]" abspielt und deren legislative, satzungsrechtliche Befugnisse na deutschem Recht von jeher kaum ins Gewicht fallen.

Die Lösung muß anhand der geltenden Staatsverfassungen erfolgen. Parakonstitutionelle Rechte einer der Gewalten sind im heutigen Verfassungs- und Rechtsstaat nicht denkbar[9]; jede staatliche Tätigkeit muß zumindest implicite auf Gesetz und Verfassung zurückführbar sein. Eine erfolgreiche Untersuchung dieser Fragen erscheint nicht ohne Kenntnis der vorkonstitutionellen Rechtslage und insbesondere der rechtlichen Qualifizierung des Organisations- und Dienstrechts möglich. Eine Lösung kann auf dem Gebiet des Gemeinderechts jedenfalls nicht in der lapidaren und nicht weiter begründe

---

7) So Forsthoff, Lehrbuch, S.378

8) W.Elsner, KomHdb I (1956), S.282; vgl. auch Bachof, AöR, 83 (1958), S.23 Gönnenwein, AöR 81 (1956), S.231

9) Köttgen, VVDStRL 16 (1958) S.272

ten Feststellung von Giere[1] gesehen werden, die Organisationsgewalt sei ein Kernstück der gemeindlichen SV, oder der schwächeren Bemerkung Beckers[2], auch die Gemeinden haben im Rahmen der Gesetze an der Organisationsgewalt teil; die Hauptsatzung sei ein Beispiel dafür. Damit allein wird weder Art und Umfang dieser Rechte deutlich, noch lassen sich unmittelbar die Grenzen bestimmen. Die Einzelelemente und Grenzen der gemeindlichen SV liegen nicht a priori fest, sondern lassen nur durch rechtliche Qualifizierungen unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung einigermaßen sichere Feststellungen zu.

Deshalb muß zunächst eine Lösung auf Grund von wissenschaftlichen Bemühungen auf benachbarten Gebieten gesucht werden, die einen Schluß auf die Rechtsverhältnisse bei der Gemeinde erleichtern. Zwar ist Köttgen[3] zuzugeben, daß insbesondere die sich im Staatsrecht aus dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung ergebenden Probleme im Gemeinderecht nicht gleichartig auftreten. Auch innerhalb der Gemeinde wird aber eine Zuständigkeitsabgrenzung vorgenommen werden müssen, die zwar nicht unmittelbar unter dem Gesichtspunkt einer "Gewaltenteilung" zwischen Rat und Verwaltungsspitze, aber aus ähnlich wirkenden immanenten Grundsätzen zu erfolgen hat. Und schließlich sind die Gedanken und Ergebnisse zu diesen Fragen insoweit auch für das Verhältnis Staat-Gemeinde, obwohl es sich hierbei nicht um ein Problem der Gewaltenteilung handelt, verwertbar, wenn - wie zu zeigen sein wird - sich herausstellt, daß einmal die administrativen und legislativen (satzungsrechtlichen) Zuständigkeiten der Gemeinden sich durchaus nicht entsprechen, vielmehr nach Voraussetzungen und Umfang völlig verschieden behandelt werden müssen, andererseits aber das Organisations- und Dienstrecht normative Befugnisse enthält.

§ 6 Die wissenschaftliche Diskussion um das Organisations- und Dienstrecht.

I. Der geschichtliche Ausgangspunkt:

Das Grundproblem trat im apersonal-sachlichen Bereich erstmals auf, als die Preußische Regierung 1869 für die Verwaltungsorganisation in den neuen Provinzen nicht besondere Gesetzentwürfe, sondern nur die Bewilligung der erforderlichen finanziellen Mittel dem Landtag zur Beschlußfassung vorlegte[4]. Da das Herrenhaus im Gegensatz zum Abgeordnetenhaus

---

1) KomHdb II (1957), S. 13 2) KomHdb I (1956), S. 176 3) Gemeinde, S. 84
4) Diese Darstellung folgt inhaltlich Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien, S. 149 ff

nicht Einzelposten des Etats billigen oder ablehnen konnte, hatte es keinen Einfluß auf die Behördengestaltung, wenn es nicht den gesamten Etat verwerfen wollte. Es sprach deshalb am 30.1.1869 die Erwartung aus, "daß die königliche Staatsregierung die Organisation neuer Landespolizeibehörden fernerhin durch spezielle, dem Landtage der Monarchie vorzulegende Gesetze und nicht bloß durch den Etat regle". Es beanspruche also die Behördengestaltung für die Legislative und warf indirekt der Regierung Verfassungsbruch vor.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertrat in derselben Sitzung die Preußische Staatsregierung. Sie führte aus, die Behördenorganisation sei an und für sich Verwaltungs- und nicht Gesetzgebungssache. Ex titulo der vollziehenden Gewalt und ohne besondere Delegation habe die Staatsregierung als Inhaberin der Exekutive das Recht zur Einsetzung von Behörden, zur Bestimmung ihres Wirkungskreises und ihres Sitzes, ihrer inneren Einrichtung und des Geschäftsganges. Dieses Recht sei freilich nicht unbeschränkt. Abgesehen von der Organisation der Gerichtsbehörden, die ausdrücklich dem Gesetzgeber zugewiesen sei, finde es in erster Linie seine Grenze am Haushaltsrecht der Landesvertretung. Der Landtag könne mithin auf die Handhabung der Organisationsgewalt nur aus dem Titel Budgetrechtes einen Einfluß beanspruchen, sonst keinen. Eine weitere Schranke finde sie im Gesetz. Die durch Gesetz eingerichteten Behörden könnten nur wieder durch ein neues Gesetz geändert oder aufgehoben werden. Und endlich könne durch die Organisationsgewalt die materielle Regierungsgewalt, d.h. der Umfang und Inhalt der in der Staatsgewalt begriffenen Hoheitsrechte nicht eingeschränkt und verändert werden ohne einen Akt der Gesetzgebung.

Anschütz[5] betont, mit dieser Regierungsansicht decke sich "haarscharf die in der Wissenschaft herrschende Meinung". Von seinem theoretischen Standpunkt aus untermauert er die Ansicht, daß die Organisation der Staatsbehörden innerhalb der bezeichneten Grenzen nicht Gegenstand der Gesetzgebung sondern des Verordnungsrechts der Exekutive sei mit dem Argument, diese Organisationsverordnungen seien keine Rechtsverordnungen, da sie nicht in die Rechtssphäre der Untertanen eingreifen.

Auch heute noch bezeichnet Forsthoff[6] diese Ansicht unter Berufung insbe-

---

5) Die gegenwärtigen Theorien, S.158, 159

6) Lehrbuch, S.385, insbes.Anm.3. In diese Richtung gehen auch verschiedene Diskussionsbeiträge in VVDStRL 16 (1958) S.240 ff. Das OVG Hamburg glaubt sogar, daß sie nicht mehr bekämpft werde: E. vom 29.8.1956, VerwRspr. Bd.10, S.37

sondere auf Anschütz als vorherrschend, trotz der immer wieder gegen sie vorgebrachten Widersprüche. Er rechtfertigt mit dem Argument, daß die organisatorischen Normen den individuellen Status von Rechtssubjekten nicht berühren und nicht in Freiheit und Eigentum eingriffen, seine schon früher gegebene Definition der Organisationsgewalt als dem selbstverständlichen und anerkannten Ausdruck der obersten Leitungsgewalt der Exekutive "innerhalb der gesetzlichen Schranken, ohne gesetzliche Ermächtigung und ohne Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften organisatorische Anordnungen zu erlassen[7)]".

II. Die theoretischen Grundlagen dieses Ausgangspunktes:
Nach diesen Andeutungen wird erkennbar, daß Anschütz und Forsthoff diese Ansichten nur vertreten können, wenn und weil sie der Ansicht sind, daß diese sachlich-organisatorischen Regelungen keine Gesetze i.S. der Verfassung darstellen. Denn früher wie heute (Art. 77 GG) ist die Gesetzgebung der Legislative vorbehalten und bedarf die Exekutive zu jeder gesetzgeberischen Maßnahme einer Ermächtigung. Die Beantwortung der Frage, was unter einem Gesetz zu verstehen ist, muß deshalb den Streit einer Entscheidung näherbringen[8)] und wird zugleich wichtige Anhaltspunkte für die Beurteilung des personellen Organisationsrechts (Dienstrechts) und der Handhabung der sich daraus ergebenden Befugnisse vermitteln. Eine eingehende Darstellung der Debatte um den Gesetzesbegriff[9)] würde das eigentliche Ziel nicht fördern, doch kann man nicht ohne Kenntnis der wichtigsten Grundsätze hinsichtlich des Organisations- und Dienstrechts zum Erfolg kommen:

1) Alle Theorien über den Gesetzesbegriff nehmen in Deutschland mehr oder weniger ihren Ausgang von der Lehre Labands, wonach es zwei Arten von Gesetzen gibt, solche die es in formeller und materieller Hinsicht und solche, die lediglich formelle Gesetze sind. Der Unterschied zwischen beiden Arten bestehe darin, daß die nur formellen Gesetze keine Rechtssätze zum Inhalt hätten. Diese in seinem Budgetrecht (S. 3 ff) 1871 begonnene Theorie wird 1911 [1)] mit einer "Erörterung des Wesens des Rechtssatzes" durch eine Definition des Rechts abschließend dargestellt: "Das Recht besteht in der Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte

---

7) Körperschaft, S. 38
8) So auch Ermacora, VVDStRL 16 (1958), S. 221, 266
9) Dazu eingehend Jesch, Gesetz und Verwaltung; E. W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt
1) Staatsrecht, Bd. II, S. 181 ff

gegeneinander; es setzt seinem Wesen nach eine Mehrheit von Willensträgern voraus, die mit einander kollidieren können; die Rechtsordnung ist eine Macht über den einzelnen ... Nur insoweit die Willenssphäre eines Subjekts durch Gebote, Verbote, Gewährungen gegen fremde Willenssphären abgegrenzt ist und soweit ein Anspruch, eine Verpflichtung, ein Schutz gegen Eingriffe oder gegen Widerstand anderen gegenüber begründet ist, waltet die Rechtsordnung."

Nun faßt Laband den Staat in allen seinen Untergliederungen als ein in sich geschlossenes Rechtssubjekt auf, das selbständig neben die übrigen Rechtssubjekte tritt. Da das Recht aber Schrankenziehung zwischen Rechtssubjekten ist, müssen bei konsequenter Durchführung dieser Theorie das gesamte Organisationsrecht, auch das organisatorische Verfassungsrecht, aus dem Rechtssatzbegriff herausfallen, da und soweit sie nicht Bestimmungen im Verhältnis zu anderen Rechtssubjekten enthalten. Durchaus konsequent zieht Laband diese Folgerung jedoch nicht. Ohne Begründung stellt er vielmehr fest[2)], da jede juristische Person - und damit auch der Staat - ein Gebilde des Rechts sei, so sei auch die Organisation derselben durch die Rechtsordnung bestimmt und die Bildung und Wirksamkeit ihrer Organe beruhe auf Rechtssätzen. Damit rettet er die Rechtssatzqualität des organisatorischen Verfassungsrechts.

Auch da bleibt er aber nicht stehen. Die juristische Person könne durch ihre eigene Tätigkeit ihre Organisation weiter ausbilden. Dabei könne aber nur, "wo die Willenssphäre des verwaltenden Staates (der Verwaltung) mit irgend einer anderen vom Staat anerkannten Willenssphäre in Kontakt kommt... für einen Rechtssatz Raum sein. Regeln dagegen, die sich innerhalb der Verwaltung halten, die in keiner Richtung einem außerhalb derselben stehenden Subjekte Beschränkungen auferlegen oder Befugnisse einräumen, ... sind keine Rechtsvorschriften." Damit fallen alle dienstrechtlichen Regelungen in den sogenannten besonderen Gewaltverhältnissen, die nach damaliger Auffassung lediglich innerhalb der Verwaltung stehende Subjekte betrafen, also insbesondere das Beamten- und Disziplinarrecht völlig aus dem Rechtssatzbegriff heraus. Im Bereich der sachlichen Organisationsnormen muß unterschieden werden. Es komme darauf an, "ob die Maßregel nur innerhalb des Verwaltungsapparates wirken soll, oder ob sie ihre Wirkungen außerhalb desselben erstreckt". Die Organisation des Behördensystems könne je nach dem (materielle) Gesetzgebung oder Verwaltung sein. Ebenso wie etwa die Bildung und Zusammensetzung der Gerichte nicht bloß eine innere Angelegenheit der Justizverwaltung sei, könne dasselbe

---

2) Staatsrecht, Bd. II, S. 184 ff

auch von Verwaltungsbehörden gelten. Jedenfalls wenn "einer Behörde staatliche Herrschaftsbefugnisse für gewisse Angelegenheiten übertragen werden sollen, wenn sie in den Stand gesetzt werden soll mit rechtsverbindlicher Wirkung den Untertanen zu befehlen und sie zu Leistungen oder Unterlassungen zu zwingen, so ist die Schaffung einer solchen Behörde und die Bestimmung ihrer Kompetenz ein Teil der Rechtsordnung[3]." Einfache Geschäftsverteilung innerhalb dieser Behörde sei aber ohne alle Rechtwirkung für dritte und werde deshalb von der Rechtsordnung nicht berührt.

Man mag zu dieser noch zu würdigenden Ansicht Labends stehen wie man will, niemand kann - sich auf ihn berufend - die Meinung vertreten, die Behördenorganisation erfolge keinesfalls durch rechtssatzmäßige Regelungen mit der Folge, daß eine Regelung durch oder unter Mitwirkung der Legislative nicht eine Bedingung deren Rechtswirksamkeit sei.

2) Der zweite große Vertreter der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff, Georg Jellinek, bestimmt das Wesen des Rechtssatzes selbständig[4]: "Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen worden, so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher auch Gesetz im materiellen Sinne, hat es jedoch irgend einen anderen Zweck, so ist es kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz, das seinem Inhalte nach als Anordnung eines Verwaltungsakts oder als ein Rechtsspruch sich charakterisiert." Ähnlich wie Laband spricht er deshalb allen organisatorischen Regelungen, die nicht nach außen, sondern nur innerhalb des Staates wirken und nicht zugleich Zuständigkeiten zur Wahrnehmung staatlicher Rechte und Pflichten gegenüber anderen Persönlichkeiten begründen, grundsätzlich den Rechtssatzcharakter ab[5]. Wel-

---

3) Staatsrecht, Bd. II, S. 184. Wenn Laband fortfährt, dies könne auch von ihrer Zusammensetzung und dem von ihr inne zu haltenden Verfahren gelten, so schneidet er ein eng mit organisatorischen Fragen zusammengehöriges Problem an; doch muß dieser Komplex in der Arbeit - von einzelnen Hinweisen abgesehen - außer Betracht bleiben.

4) Gesetz und Verordnung, S. 240

5) System, S. 233: "Insofern der Staat ausschließlich sein Verhältnis zu seinen Organen regelt, kann diese Regelung nur durch der rechtlichen Qualifikation entbehrende Anordnungen stattfinden, weil der Vorgang, der streng innerhalb einer Persönlichkeit bleibt und an sich keine Wirkungen anderen gegenüber äußert, niemals ein nach Rechtsnormen zu beurteilender sein kann." Und System, S. 240: "Alle Sätze, welche sich auf die Organisation des Staates beziehen, sind Rechtssätze, sofern sie Recht und Pflicht der Subjizierten schaf-

che organisatorischen Regelungen darnach als Rechtsätze zu beurteilen sind, mit denen der Staat zugleich rechtliche Pflichten und Ansprüche der ihm Subjizierten schafft, entscheidet Jellinek nicht generell[6]. Aus seinen Beispielen ergibt sich aber, daß er dazu zumindest das Verfassungsrecht zählt. Weiter führt er aus: "Es (das Individuum) hat nicht dem Staate schlechthin, sondern der rechtlich verordneten Behörde seine Pflicht zu leisten. Ebenso kann es seine Ansprüche an den Staat und an die gegebenenfalls kompetente Behörde adressieren[7]". Man wird also mit der Feststellung nicht fehl gehen, daß er sich insoweit vom Ergebnis Labands nicht unterscheidet.

Allerdings muß die Vermutung Böckenfördes[8] bezweifelt werden, G. Jellinek habe auch die Anordnungen im besonderen Gewaltverhältnis aus dem Rechtssatzbegriff völlig ausgenommen. Wenn Jellinek darlegt, behördliche Dienstbefehle gegen Beamte begründen kein neues Rechtsverhältnis zwischen Staat und Beamten[9], so muß immer beachtet werden, daß er unter Dienstbefehlen nicht jede Maßnahme des staatlichen Dienstherrn gegenüber seinen Beamten versteht. Zwar geht auch er davon aus, daß das Verhältnis des Staates zu seinen "Organen" als ein Verhältnis innerhalb des Staates an sich kein Rechtsverhältnis sei. Sofort folgt jedoch der Satz[1], "insofern die Beziehungen des Staates zu seinen Organen zugleich eine Beziehung zu einer außerhalb seiner Organisation stehenden Person, sei es auch der des physischen Organträgers selbst, in sich schließen, erlangen diese Beziehungen den Charakter von rechtlichen, durch Rechtssätze zu beherrschenden". Dieser insbesondere von Bachof[2] hervorgehobene Gedanke bleibt noch zu präzisieren, widerstreitet aber jedenfalls der Vermutung Böckenfördes.

3) Anschütz, der dritte relativ selbständige Vertreter der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff, stimmt im Ergebnis großenteils mit Laband und G. Jellinek überein, denn auch er hält gewisse Klassen von Organisationsnormen

---

fen ..."

6) Seine Feststellung, die ganze Staatsordnung sei Rechtsordnung deshalb, weil nicht für den abstrakten Staat, sondern für die ihn bildenden Menschengemeinschaft da sei (System, S. 234), darf man nicht mißverstehen, denn später (System, S. 238) betont er, daß lediglich in einem großen Teile der Anordnungen über die staatliche Organisation und in den Normen für die staatlichen Organe Rechtssätze zu erblicken seien.

7) System, S. 230. Genau desselben Arguments bedienen sich noch heute Nawiasky-Leusser, Erl. zu Art. 77, S. 158 zur Rechtfertigung des Rechtssatzcharakters gewisser (wichtigster) organisatorischer Vorschriften. Diesen stimmt Spanner, DÖV 57, 647 ff ausdrücklich zu.

8) Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 249 9) System, S. 240 1) System, S.
2) Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, S. 285 ff

für Rechtssätze. Rechtsnnormen und Nichtrechtsnormen unterscheidet er grundsätzlich darnach, ob diese in Freiheit und Eigentum der Untertanen eingreifen oder nicht. Mit dieser Formel sei, wenn man sie weit fasse und die rechtliche Betroffenheit des Untertanen darunter verstehe, der Bereich der materiellen Gesetzgebung definiert[3].

Den Staat sieht er als eine der Einzelperson gleichartige Persönlichkeit an und ist deshalb der Ansicht, die sich mit seiner Organisation und nicht dem Untertan befassenden organisatorischen Normen hätten keinen Rechtscharakter. An anderer Stelle[4] betont er jedoch ausdrücklich, daß dies nur von den rein organisatorischen Normen gelte. "Sofern eine solche Norm nicht nur 'organisieren', d.h. Interna von Amt und Dienst regeln, sondern zugleich auch durch Begründung von Rechten und Pflichten der Untertanen nach außen wirken will, stellt sie Rechtssätze dar und fällt unter die Gegenstände der Gesetzgebung." Wenn er sodann der Ansicht G. Jellinek's (System, S. 238 ff) zustimmt, wonach in einem großen Teil der staatlichen Organisation Rechtssätze zu erblicken sind, und auch sonst nirgends Stellung gegen Jellinek's und Labands Lehren nimmt, wird man der Ansicht sein dürfen, daß er im Ergebnis mit ihnen übereinstimmt.

Dies trifft allerdings hinsichtlich G. Jellinek für das besondere Gewaltverhältnis nicht zu. Der Beamte etwa stehe in dieser Eigenschaft nicht in einem allgemeinen Gewaltverhältnis wie der Untertan, sondern lebe "innerhalb des Staates" in einem besonderen Gewaltverhältnis. Da aber die Freiheit- und Eigentumsformel nur für Untertanen gilt, enthalten das gesamte Beamtenrecht, die Besoldungs- und Disziplinarvorschriften keine Rechtssätze [5].

III. Die Würdigung des theoretischen Ausgangspunktes:

1) Bei aller Kritik, die diese Theorien gefunden haben[6], darf - wie Jesch[7] darlegt - nicht vergessen werden, daß die dualistische Gesetzestheorie einer ganz speziellen politisch-staatsrechtlichen Situation gerecht

---

3) Art. "Gesetz", S. 212 (214): "Gesetze, welche die Freiheit und das Eigentum betreffen, ist also nur ein anderer Ausdruck für das, was der wissenschaftliche Sprachgebrauch Gesetze im materiellen Sinne, Rechtsnormen, Rechtssätze nennt."

4) Meyer-Anschütz, S. 670

5) Die gegenwärtigen Theorien, S. 73 f, 81 ff (88): "Die Normen über die Beamtendisziplin sind keine Rechtsvorschriften, da sie nicht in Freiheit und Eigentum der Untertanen eingreifen."

6) Vgl. insbes. schon Haenel, Studien zum deutschen Staatsrecht, S. 99 ff, 216 ff

7) AöR, 85 (1960), S. 480, und Gesetz und Verwaltung, S. 19

werden mußte und in Wirklichkeit auch nichts anderes wollte[8]. Wenn sie dieses Problem etwa mit der Freiheit- und Eigentumsformel Herr zu werden versuchte, so muß dies immer unter dem Gesichtspunkt des Bemühens um eine juristische Fixierung der jeweiligen Rechtslage zwischen dem Parlament als dem Vertreter der bürgerlichen Gesellschaft[9] und der monarchischen Exekutive und Staatsführung gesehen werden.

Es ist das Verdienst Richard Thoma's[1], schon zu damaliger Zeit bei der Erörterung der herrschenden Rechtssatztheorien darauf hingewiesen zu haben, daß nichts verkehrter sei "als der verbreitete Irrtum, dieser Rechtssatzbegriff lasse sich irgendwie theoretisch, logisch, philosophisch bestimmen; ein Irrtum, der unsere bedeutendsten Staatsrechtslehrer in unfruchtbare Streitigkeiten verwickelt hat." Theoretisch-logisch könne der Begriff Rechtssatz immer nur bezeichnen, "die vom Recht im Gegensatz zu den von Sitte, Sittlichkeit, Religion geheiligten oder von rechtloser Gewalt gesetzten Geboten." So gesehen könne etwa eine organisatorische Norm selbst bescheidenster Art nicht anders denn als Rechtssatz bezeichnet werden. Der herrschende Rechtssatzbegriff sei dem gegenüber historisch-konventionell; praktisch-verfassungsrechtlich gelte nicht der rechtstheoretische Rechtssatzbegriff, der seinerseits nicht geeignet sei, den Bereich des materiellen Gesetzes d.h. des Vorbehaltsbereichs für die Zuständigkeit der Legislative zu umreißen[2].

Nach neueren Forschungen besteht an der Richtigkeit der Ansicht Thoma's kein Zweifel[3]. Es ist deshalb zur Erforschung des Rechtssatzbegriffs der ge

---

8) Vgl. das Zugeständnis G. Jellinek's, Gesetz und Verordnung, S. 254: "Die hervorragende Bedeutung der Unterscheidung von formellen und materiellen Gesetzen liegt aber darin, daß sie allein den Weg weist zu einer Lösung eines der schwierigsten Probleme des konstitutionellen Staatsrechts, der Abgrenzung der konstitutionellen Gesetzgebung von der Verordnungs- und Verfügungsgewalt der Regierung."

9) Vgl. dazu oben, § 1 II, S. 4 ff

1) Vorbehalt, S. 176 ff; ebenso heute H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 92

2) Vgl. so auch Thierfelder, Staatshaushaltsplan, S. 183: Der Gesetzgeber könne nicht jeden Rechtssatz im theoretischen Sinn erlassen und solle dies nach den Verfassungen auch nicht.

3) Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 332 faßt als Ergebnis seiner Untersuchungen zusammen, daß es sich bei den Begriffen von Gesetz und gesetzgebender Gewalt nicht um allgemeingültige oder apriorische Rechtsbegriffe, sondern um staatsrechtliche Begriffe handle, die auf eine bestimmte verfassungsrechtliche und politisch-soziale Situation bezogen und nicht von dieser

tenden Verfassungen unumgänglich, für das hier interessierende Gebiet den vorkonstitutionellen Rechtssatzbegriff festzustellen, insbesondere auch die Weiterentwicklung im Gefolge der WRV und die davon möglicherweise abweichenden neuen verfassungsrechtlichen Wertungen des Grundgesetzes. Dabei wird es keinesfalls möglich sein, den Regelungen des Grundgesetzes ohne sorgfältige Begründung einen neuen Rechtssatzbegriff unterzuschieben.

IV. Die Folgerungen für die heutige Rechtslage:

1) Das apersonal-sachliche Organisationsrecht:

a) Die Weimarer Reichsverfassung:
Thoma hat 1916[4)] mit der herrschenden Lehre gewisse Klassen der organisatorischen Normen unter den historisch-konventionellen Rechtssatzbegriff gefaßt. Nicht richtig ist es, wenn Thierfelder[5)] der Ansicht ist, davon sei bei Thoma 1932[6)] nicht mehr die Rede. Er fasse nun ganz allgemein die organisatorischen Normen nicht mehr unter den konventionellen Rechtsbegriff. Dies habe auch der herrschenden Ansicht entsprochen. Thoma[7)] ist zwar i. S. der herkömmlichen Theorie der Ansicht, daß Normen, welche als Instruktionen für nachgeordnete Behörden, organisatorische Anordnungen und dgl. ihre Wirkung nur innerhalb des Staatsapparates entfalten, keine Rechtssätze enthalten. Darunter versteht er jedoch wie bisher nicht alle organisatorischen Regelungen. Im gleichen Werk[8)] führt er aus, die Frage, ob gewisse Organisationsnormen herkömmlicherweise zu den Rechtssätzen i.S. des Verfassungsrechts zu zählen seien, lasse sich nur induktiv beantworten; sie sei nicht generell zu verneinen.

Auf diese Bemerkung Thoma's nimmt Jacobi[9)] ausdrücklich Bezug und sagt - offenbar in Übereinstimmung mit der WRV und der gegen Ende der Weimarer Republik herrschen Staatslehre - es sei nicht richtig, jede Organisationsverordnung als Rechtsverordnung zu erklären. Andererseits wirke die

---

ablösbar seien. Vgl. auch Heller, VVDStRL, 4 (1928), S. 121: "Was zum Vorbehalt des Gesetzes gehört, welche Gegenstände die Gesetzgebung ergreift, das bestimmt nicht die Logik und nicht eine theoretische Formel, sondern Tradition, Machtlage und Rechtsbewußtsein."

4) Vorbehalt, S. 177
5) Staatshaushaltsplan, S. 118 f
6) HdbDStR, Bd. II, § 71
7) HdbDStR, Bd. II, S. 125
8) HdbDStR, Bd. II, S. 223, Anm. 7
9) HdbDStR, Bd. II, S. 236 (251)

Schaffung staatlicher Organe in vielen Beziehungen nach außen; es gehe also auch nicht an, die der Organisation dienende Verordnung als solche zur Verwaltungsverordnung zu stempeln. Auch er ist demnach der Ansicht, je nach dem Inhalt bzw. der Wirkung könnten organisatorische Regelungen durchaus Rechtssätze enthalten.

b) Das Bonner Grundgesetz:
Da das GG nicht zu der Frage Stellung nimmt, wie es die sachlich-organisatorischen Regelungen beurteilt[1], kann angenommen werden, daß es von der eben geschilderten theoretischen vorkonstitutionellen Position ausgeht. Es muß deshalb mit allen sich daraus ergebenden Folgen daran festgehalten werden, daß gewisse wichtigste Klassen von Organisationsnormen als Rechtssätze aufzufassen sind. Dieses Ergebnis der Lehren von Laband, G. Jellinek und Anschütz, von dem die Staatslehre und die Verfassung der Weimarer Republik nicht abgewichen sind, mag mit dem prinzipiellen Ausgangspunkt der ersteren nicht übereinstimmen, ist aber sachlich gerechtfertigt und zurecht zum Inhalt des konventionellen Rechtssatzbegriffes geworden. Die Organisation des Staates und seines Behördenaufbaus muß grundsätzlich eine Organisation des (gesetzlichen) Rechts und nicht des (exekutiven) Beliebens, das die Evidenz der staatlichen Zuständigkeitsordnung zum Schaden des Bürgers aufs Spiel setzt[2], sein. Der Staat müßte sich andernfalls im Anonymen auflösen. Da - wie schon angedeutet - die Organisationsnormen unter sich strukturell gleich sind[3], gibt es eine absolute rechtstheoretische Grenze zur Bestimmung der rechtssatzmäßigen organisatorischen Regelung nicht. Immer handelt es sich um die Gliederung der juristischen Person Staat und die Festlegung der Zuständigkeiten der Organe und Unterabteilungen. Die Unterscheidung ist mehr eine Frage der Quantität als der Qualität.

aa) Man wird unter diesen Gesichtspunkten nicht fehl gehen, auch in Einzelheiten für das GG von dem Ergebnis Laband's auszugehen. Darnach enthalten die Regelungen über die Schaffung und Kompetenzzuteilung einer staatlichen Stelle[4], die mit rechtserheblicher Wirkung dem Staatsbürger gegenüber

---

1) Maunz-Dürig, Art. 84 Rdnr. 6
2) Vgl. Obermayer, DVBl. 59, 354 (358). Das Anknüpfen des Rechtssatzbegriffs an den betroffenen Bürger, der wissen muß, an wen er sich wenden kann und muß, liegt durchaus i.S. der herrschenden Lehre, vgl. Obermayer, AöR 84 (1959), S. 94 (117) und Thierfelder, Staatshaushaltsplan, S. 183
3) So auch E.W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 236
4) Errichtung und Aufgabenzuweisung hängen so eng zusammen, daß sie nicht verschiedenen Regeln unterworfen werden können, Maunz-Dürig, Art. 84 Rdnr.

Erscheinung treten kann[5], Rechtssätze; sie können nur durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen. Verwaltungsvorschriften dagegen "sind Vorschriften, die die Einrichtung des Staates und die Tätigkeit seiner Organe mit nur innerdienstlicher Wirkung regeln. Sie wenden sich rechtssatzmäßig nicht (d.h. berechtigend und verpflichtend) an den Bürger, sondern nur instruktionell an Behörden und Beamte[6]."

Wann das eine oder das andere der Fall ist, kann strittig werden; doch bieten Sinn, Zusammenhang und Inhalt der Vorschrift, ihre Form und ihre Veröffentlichung usw. wichtige Anhaltspunkte für eine "teleologische Wertabwägung[7]". Diese Wertung erscheint möglich, ohne daß man dabei in den Fehler zu verfallen braucht, in dem Bestreben, dem Bürger etwa ein Recht auf die Einhaltung der Regelung zuzugestehen, auf deren Rechtssatzcharakter zu schließen, während das Recht des Bürgers richtigerweise erst aus dem Rechtssatzcharakter der Regelung folgt.

Mit dieser Ansicht befindet man sich in Übereinstimmung mit Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, sieht man von dem mit Recht abgelehnten Urteil des BVerfG[8] ab. Wenn allgemein anerkannt wird, daß jeder Verwaltungsakt einer Behörde, die sachlich oder örtlich unzuständig ist, nichtig oder zumindest anfechtbar, also rechtswidrig ist, so kann man im Prinzip keinen Unterschied zu den dargestellten Ansichten feststellen. Dies um so mehr, als auch irgendein Verlangen des Bürgers nur Erfolg haben kann, wenn er u.a. bei der zuständigen Behörde vorstellig wird oder diese im Wege der Klage zu verpflichten versucht. Dies bedeutet nichts anderes, als die Anerkennung eines Rechts des Bürgers auf die zuständige Verwaltungsbehörde (im weitesten Sinne des Wortes) und die Festlegung seiner Pflicht, sich auch nur an diese zu wenden. Die Schaffung neuer oder die Änderung alter

---

5) Diese Formulierung fällt zusammen mit dem Begriff der "Behörde", vgl. Forsthoff, Lehrbuch S. 387: Behörde ist "diejenige Amtsinstitution, die mit Wirkung nach außen Verwaltungstätigkeit ausübt". Ähnlich Maunz-Dürig, Art. 84 Rdnr. 18, 22 u. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht, I, S. 244

6) Maunz-Dürig, Art. 84, Rdnr. 32; ähnlich H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 105, Ziff. 2

7) Forsthoff, Lehrbuch, S. 123 Anm. 3; vgl. auch Bachof, JZ 56, 36

8) E. vom 6. Mai 1958, Bd. 8, 155 ff; ablehnend Jesch AöR 84 (1959) S. 74 ff; Obermayer, DVBl. 59, S. 354 und H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 93

Behörden und Zuständigkeiten stellt deshalb eine rechtssatzmäßige Änderung der Rechtsposition des Bürgers dar. Ähnliches schwebt offenbar auch Forsthoff[1] vor, wenn er trotz Verneinung des Rechtssatzcharakters der organisatorischen Vorschriften der Ansicht ist: Werde eine Behörde eingerichtet, die nicht nur im Verhältnis der Behörden zueinander, sondern auch nach außen wirksam werde, so handle es sich um die Schaffung allgemeinverbindlichen Rechts. Jedermann könne sich darauf berufen, die Verletzung mache einen Verwaltungsakt fehlerhaft usw. Anerkennt er das letztere, so müßte er eigentlich nach seinem an anderer Stelle[2] gebrauchten Rechtssatzbegriff, wonach eine Berechtigung des Bürgers nur aus dem Rechtssatzcharakter der betreffenden Norm folgt, den Rechtssatzcharakter dieser organisatorischen Vorschriften anerkennen. Aber auch nach Anschütz, auf den er sich für das Gegenteil nach wie vor beruft, müßte man zu deren Rechtssatzcharakter kommen, da es sich insoweit nicht um bloße Geschäftsverteilung an die staatlichen Untergliederungen, um sogenannte rein organisatorische Maßnahmen handelt, denen er allerdings den Rechtssatzcharakter abspricht.

bb) Zum gleichen Ergebnis kommt man nach Beachtung der rechtsstaatlichen Forderungen auch unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der modernen Verwaltung:
Die Exekutive ist nach Art. 20 GG eine "originäre Gewalt"[4]. Sie hat den verfassungsrechtlichen Auftrag, die Gesetze in eigener Verantwortung als eigenständige Staatsfunktion auszuführen. In einem demokratisch-parlamentarischen Staat folgt daraus notwendig die Pflicht, dafür die Verantwortung vor Volk und Parlament zu tragen. Deshalb müssen ihr auch die zur Erfüllung dieses Auftrags erforderlichen eigenständigen Mittel zur Verfügung stehen. Das Gegenteil ist aber der Fall, wenn der Gesetzgeber - vorausgesetzt er wäre dazu auch nur annähernd in der Lage - die geringsten verwaltungsorganisatiorischen Regelungen selbst vornehmen wollte[5] oder gar müßte.

---

1) Lehrbuch, S. 385 f 2) Lehrbuch, S. 123, Anm. 3

3) Meyer-Anschütz, S. 670. Auch vom Standpunkt Forsthoff's aus unverständlich ist (dies betont auch Obermayer, BayVBl. 58, 69, Anm. 2), weshalb er (Lehrbuch, S. 211) einen Verwaltungsakt als fehlerhaft bezeichnet, der lediglich gegen "dienstinstruktionell festgelegte Zuständigkeitsbestimmungen" verstößt. Die "gesetzliche Verwaltungsbeamte", den er selbst ablehnt (Lehrbuch, S. 381, Anm. 2), wäre die unausbleibliche Folge.

4) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 135

5) Daß man insoweit nicht gegen Schatten kämpft, beweisen sowohl die von Giere, KomHdb. II (1957), S. 13 f und H. W. Wolff, Organisationsgewalt, S. 4 aufgezählten Beispiele gerade auf dem Gebiet des im Endeffekt interessierenden Gemeinderechts, als auch eine seit 1955 (vgl. DÖV 55, 246) beim BverfG

Der Gang einer ordnungsgemäßen Verwaltung wäre entscheidend behindert, denn die Exekutive muß schnell handeln können, wenn sie dem verfassungsrechtlichen Auftrag nachkommen will, "wenn bei der Erledigung der Verwaltungsaufgaben unvorhergesehene Schwierigkeiten auftreten, wenn ein Notstand besonders konzentrierte Behördentätigkeit verlangt. Die dynamische Verwaltung, die mit ihren vielseitigen Aufgaben an dem steten Wechsel und Wandel der Dinge unmittelbar teilnimmt, muß in der Lage sein, ... den inneren Dienst mit den Bedürfnissen des Verwaltungsalltags in Einklang zu bringen. Dabei wird es oft auf Versuche ankommen, die sich bewähren oder auch nicht bewähren und dann wieder rückgängig zu machen sind ...[6]".

Dieses Anliegen anerkennt auch die österreichische Staatsrechtslehre, wenn sie trotz ihres Ausgangspunkts: "Diese (die Organisationsgewalt) ergibt sich für die Österreichische Rechtsordnung allein aus dem Gesetz" die Einschränkung macht, "daß die Regelung des inneren Dienstbetriebes nicht der Regelung durch das Gesetz bedarf[7]". Diese praktische Ansicht trifft die auf Grund des deutschen konventionellen Rechtssatzbegriffs geschaffene theoretische Rechtslage, mit der auch die wirkliche immer mehr in Einklang gebracht wird[8]. Der Verwaltung die notwendige Bewegungsfreiheit in Anerkennung des rechtstheoretischen Rechtssatzbegriffs auf der Grundlage einer notwendig rein formellen gesetzlichen Generalermächtigung zu verschaffen, widerspricht nicht nur Art. 80 GG, sondern auch dem Sinn einer gesetzlichen Ermächtigung und dem Sinn der parlamentarischen Mitwirkung; es wäre "nur noch der Form, nicht aber der Sache nach die Herrschaft des Gesetzgebers gewahrt[9]".

---

anhängige Verfassungsbeschwerde eines nds Landkreises gegen das nds Durchführungsgesetz vom 13.4.1954 (GVBl. S.25) zum Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz, das in § 2 bestimmt, daß dieses grundsätzlich nicht im Lastenausgleichsamt durchgeführt werden darf (!).

) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S.119

) Antoniolli, Allg. Verwaltungsrecht, S.142

) Vgl. etwa Art.43 III BadWürttVerf.: "Die Zahl der Minister und die Geschäftsbereiche der Ministerien werden durch Gesetz bestimmt." Die gegenteilige Praxis auf Grund der Bekanntmachung der vorläufigen Regierung über die Abgrenzung der Geschäftsbereiche der Ministerien vom 8.7.1952 (GBl. S.21) ist damit nicht zu vereinbaren; richtig dagegen auf Grund von Art. 70 BadWürtt Verf. das LVerwG vom 7.11.1955 (GBl. S.277). Vgl. auch Hamburg: Gesetz über die Verwaltungsbehörden, 1947/52, GBl. S. 25/163.

) H.J.Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 62

Eine andere Beurteilung dieser "Interna" müßte, wie schon angedeutet, zu gesetzlichen Verwaltungsbeamten als Seitenstück des gesetzlichen Richters führen. Dieser ist aber nicht nur "kein desiderandum[1]", sondern auch das Ende einer Verwaltung, wie sie dem Bild des Art. 20 GG[2] entspricht. Wer erfahrene Richter[3] dartun, wie durch die Bestimmungen über den gesetzlichen Richter schon bei relativ geringen Unregelmäßigkeiten die ordnungsgemäße Erledigung der Prozesse in einem ganzen Oberlandesgerichtsbezirk gefährdet werden kann, so muß dies um des hohen Zieles willen riskiert werden. Man sollte dieselben Schwierigkeiten - auch zum Nachteil des Bürgers der an schnellen Entscheidungen interessiert ist[4] - nicht ohne zwingende Gründe auf dem Gebiet der Verwaltung hervorrufen, deren Elastizitätsbedürfnis se nicht einmal einen Vergleich mit denen der Justiz zulassen. Sogar die Gerichtsorganisation befleißigt sich der BGH[5] neuerdings hinsichtlich der Revisibilität der Geschäftsverteilungspläne einer bemerkenswerten Zurückhaltung.

2) Das "personelle Organsiationsrecht":
Völlig gewandelt muß auf Grund der Verfassungsstruktur des GG die Situation im öffentlich-rechtlichen besonderen Gewaltverhältnis und speziell Beamtenverhältnis beurteilt werden. Gleichwohl ist hier nicht der Ort, d über grundsätzliche Untersuchungen anzustellen, denn es interessiert nur generelle juristische Qualifikation der es regelnden Normen und die Folgerungen, die daraus zu ziehen sind.
a) Jesch[6] stellt mit der herrschenden Lehre fest, daß die zur Zeit der konstitutionellen Monarchie überwiegend gebrauchte Konstruktion zum Ausschluß des Vorbehalts gesetzlicher Ermächtigung für Regelungen der Verwaltung im besonderen Gewaltverhältnis heute verfehlt ist. Die Vorstellung, daß dieses weiter zum staatlichen Innenraum gehöre, die absolutistische Rechtsfreiheit bewahre und dem Zugriff der Gesellschaft und folgerichtig dem Vorbehaltsprinzip entzogen werden könne, finde in der Verfassungsstr

---

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 381 Anm. 2
2) Dies konzediert Ermacora, VVDStRL 16 (1958), S. 222, 223 im Gegensatz zu Art. 18 I der Österreichischen Verfassung: "Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden." Vgl. auch die gewichtigen Argumente, die Bachof, DVBl. 58, 6 und Bettermann, VVDStRL 17 (1959), S. 130 ff nach dem Aufbau der vom GG geforderten umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit gegen eine justizförmige Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens vortragen, die den letzten Rest der organisatorischen Bewegungsfreiheit der Verwaltung beseitigen müßten.
3) Hülle, JZ 61, 103
4) Bachof, VVDStRL 17 (1959), S. 2
5) Deutsche Richterzeitung, 60, 349
6) Gesetz und Verwaltung, S. 211; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch, S. 371 und

des GG keinen Platz. Das besondere Gewaltverhältnis sei in bezug auf das Vorbehaltsprinzip dem allgemeinen gleichgestellt.

In diesem Sinne hatte Bachof[7] schon früher unter Anknüpfung an die zitierte Stellungnahme G. Jellinek's speziell für das Beamtenverhältnis darauf hingewiesen, daß die Beziehung zwischen dem Staat als juristischer Person und dem oder den für sie handelnden Menschen durchaus Rechtscharakter haben könne. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn der betreffende "physische Organträger" nicht nur als Bestandteil des (staatlichen) Organismus, sondern als selbständiges Rechtssubjekt betroffen sei[8]. Im Sinne der überkommenen Terminologie enthalten nach dieser Erkenntnis die Regelungen, die den Beamten als selbständiges Rechtssubjekt betreffen, Rechtssätze, während die Verwaltungsvorschriften und Anweisungen, die ihn lediglich als Glied des Verwaltungsorganismus treffen, zwar rechtserhebliche Tatsachen etwa i.S. des Disziplinarrechts enthalten, dadurch aber nicht zu Rechtsakten werden[9].

Neuerdings verwendet Ule[1] für diese Unterscheidung eine andere Terminologie. Er bezeichnet die Rechtsbeziehungen, die die Begründung, Veränderung oder Beendigung des besonderen Gewaltverhältnisses (Beamtenverhältnisses) betreffen, als "Grundverhältnis" und die Rechtsbeziehungen, die sich aus der Geltung der "Betriebsordnung" ergeben, der der Beamte als Glied des Verwaltungsorganismus untersteht, als "Betriebsverhältnis".

In beiden Fällen bleibt die genaue Festlegung offen, wann der "physische Organwalter" als selbständiges Rechtssubjekt und wann sein beamtenrechtliches Grundverhältnis betroffen ist. Mit der weiteren Umschreibung des Ule'schen Grundverhältnisses[2], das praktisch alle Fälle der rechtlichen Betroffenheit i.S. Bachof's umfaßt, sind wesentliche Anhaltspunkte gegeben, die die Rechtsprechung noch präzisiert hat[3]. Im Einzelfall ist eine sorgfältige Wertung nach materiellen, auf den Inhalt der Vorschriften abstellenden Gesichtspunkten erforderlich. Jedenfalls kann darnach als sicher

---

Maunz-Dürig, Art. 19 IV, Rdnr. 25

7) Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, S. 296 ff; vgl. auch H.J. Wolff, Allg. Verwaltungsrecht, I, S. 250

8) Dem folgt ausdrücklich das OVG Münster vom 29.11.1956, DÖV 57, 373

9) Vgl. Bachof, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, S. 303, 304

1) VVDStRL 15 (1957), S. 133 (152)

2) VVDStRL 15 (1957), S. 153

3) Vgl. die Zusammenstellung bei Maunz-Dürig, Art. 19 IV, Rdnr. 25, S. 18 ff

festgehalten werden, daß die hier generell interessierenden Regelungen der Beamten-, Besoldungs-, und Disziplinargesetze das Grundverhältnis betreffen und deshalb Rechtssätze enthalten.
Entsprechendes muß bei der "betrieblichen Eingliederung" der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst in das "privatrechtliche Gewaltverhältnis[4]" und damit für das Arbeitsrecht gelten.

b) Hier von gesteigertem Interesse ist die neuere Rechtssprechung zu den eigenständigen Direktionsrechten der Verwaltung hinsichtlich ihres Personalkörpers, gleichgültig ob sie dessen Angehörige als selbständige Rechtssubjekte oder lediglich als Glieder des Verwaltungsorganismus treffen. Es handelt sich hier um die Befugnisse, die sich aus dem rechtssatzmäßigen Dienstrecht oder der Tatsache der Eingliederung in den "Betrieb" ergeben, wie: Anstellung einschließlich der Auswahl, Abordnung, Versetzung, Bestimmung des Arbeitsplatzes und Arbeitspensums usw. Es ist ein Verdienst insbesondere Köttgen's, die enge Beziehung des unpersönlich-sachlichen und dieses personellen Organisationsrechts besonders deutlich aufgezeigt zu haben. Er bezeichnet diese Direktionsbefugnisse als "Organisationsgewalt in ihren personellen Dispositionen"; diese sei eine spezifische Kombination sächlicher und persönlicher Verwaltungsmittel[5].

Der Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen hatte die Frage zu entscheiden, ob ein Änderungsantrag der SPD-Fraktion der Bürgerschaft zu § 59 der Senatsvorlage des Personalvertretungsgesetzes[6] gegen die Landesverfassung verstoße. Dieser sah in den genannten personellen und sozialen Angelegenheiten des Personalkörpers der Verwaltungen ein endgültiges Entscheidungsrecht einer Einigungsstelle für die Fälle vor, in denen der Personalrat und der Leiter der Dienststelle sich nicht einigen konnten. Die Mehrheit des Gerichtshofs hielt diese Regelung für zulässig[7]. Ein mitveröffentlichtes Minderheitenvotum von drei Richtern sah sie dagegen für verfassungswidrig an. Letztere führten aus, die Entscheidungsgewalt über den Personalkörper eines Gemeinwesens gehöre zu den Grundelementen der Verantwortung; diese Feststellung beziehe sich auf Beamte, Angestellte und Arbeiter. Die ungeteilte

---

4) So Ule, VVDStRL 15 (1957), S. 152

5) VVDStRL 16, (1958), S. 180 ff, 270. Vgl. auch W. Weber. Staats- und SV, S. 52, der vom "Organisationssystem in seinem sachlichen und personellen Bestande" spricht, ohne freilich näher auszuführen, was für die Gemeinde darunter zu verstehen ist.

6) Bürgerschaftsdrucksache A Nr. 15 v. 18. 6. 1956, Ziff. 5

7) E. v. 3. 5. 1957, ZBR 57, 334 ff mit Anm. v. H. Schneider.

Personalhoheit sei ein unverzichtbarer Bestandteil der vollziehenden Gewalt, die die Verfassung allein dem Senat anvertraue. Bei diesem liege deshalb auch die Personalhoheit über den Personalkörper des Landes und der Stadt Bremen.

Darnach stehen der Exekutive begrifflich nur, aber auch alle Direktionsrechte gegenüber dem Personalkörper zu, mögen diese nun rechtlich gesehen in Verwaltungsvorschriften und innerdienstlichen Weisungen oder gesetzlich gedeckten Verwaltungsakten bestehen [8].

Den Erwägungen des Minderheitenvotums konnte das BVerfG[9] nichts mehr hinzufügen, als es die inzwischen Gesetz gewordene Vorlage der SPD-Fraktion für verfassungswidrig erklärte. Im Gegenteil hat das BverfG durch die weniger scharfe Stellungnahme und die Rechtfertigung des Entzugs dieser Rechte hinsichtlich der Angestellten und Arbeiter die Entscheidung verwässert. Da es diese Folgerung in gleicher Weise auch für die Gemeinde Bremerhaven zieht, wird dazu erst später im einzelnen Stellung zu nehmen sein[1].

B. Die "Organisationsgewalt" der Gemeinde. Ihre "mittelbaren Verwaltungsfunktionen".

7 Die Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.

I. Die Garantie der Mittel für die Gemeindeverwaltung:
Es ist sicher unmöglich, einen abschließenden Katalog über Art und Umfang der Aufgaben und Rechte zusammenzustellen, die den Komplex der verfassungsrechtlichen Garantie der SV ausmachen, obwohl sie als das Recht der

---

) Mit dieser Verwendung des zunächst auf dem Gebiet des Gemeinderechts aufgekommenen Begriffs der Personalhoheit (BayVerfGH v. 21.11.1949, VGH n.F., Bd. 2, Teil II, S. 162 und BVerfGE Bd. 1, 167 (175) ist ein wichtiger Hinweis für die Lösung des im Gemeinderecht so umstrittenen Problems gegeben, auch wenn es, wie noch zu zeigen sein wird, mit dem hier auftretenden weder hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs noch des sachlichen Umfangs völlig identisch ist.

) E. v. 27.4.1959, Bd. 9, 268 ff; vgl. ihm folgend OVG Berlin vom 24.2.1960, ZBR 60, 382

) Vgl. vorerst die insoweit ablehnenden Stellungnahmen von H. Schneider schon ZBR 57, 241 und nachträglich Grabendorff, ZBR 59, 169 (172)

Gemeinden, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahme der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln", in Art. 28 II GG eine L galdefinition[1] gefunden hat. Aus dieser Gewährleistung lassen sich aber einzelne Folgerungen ziehen, die schon Rosin[2] im Jahre 1883 angedeutet und als die begrifflichen Elemente jeglicher SV im juristischen Sinn herau gestellt hat: Bei der SV verwaltet "eine selbständige Rechtspersönlichkeit, deren Verwaltungsbefugnis aber auch von außen beschränkt sein könnte, e gene Angelegenheiten mit eigenen Mitteln". Das bedeutet unter Berücksi tigung der bisherigen Untersuchungen für Art. 28 II GG:

1) Die Gemeinde ist eine selbständige Rechtspersönlichkeit.

2) Ihr ist ein unverletzbarer Bereich von sachlichen Aufgaben der örtliche Gemeinschaft zur eigenverantwortlichen Erledigung garantiert, der zwar vom Gesetzgeber reguliert, nicht aber völlig entzogen werden kann. Art. II GG enthält keine "status-quo-Garantie[3]". Eine örtliche Angelegenhei kann der Gemeinde durch einfaches Gesetz entzogen werden, auch wenn diese bei Inkraftreten der Verfassung zustand. Umgekehrt kann aus dem F len eines Rechts zu diesem Zeitpunkt nicht ohne weiteres geschlossen we daß es der Gemeinde auch in Zukunft vorenthalten werden könnte.

3) Die "Garantie der eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte inner- halb dieses Aufgabenbereichs[4]" durch die Gemeinde bedeutet zunächst, ein Anweisungsrecht des Staates für die sachliche Erledigung dieser Aufga grundsätzlich ausgeschlossen ist. Diese Garantie bedingt aber auch das Re der Gemeinde, selbständig darüber zu entscheiden, auf welche Art und W se, mit welchen Mitteln nach ihrer Auffassung die Erledigung dieser Aufg ben am besten erreicht werden kann[5]. Nach der Erörterung der entsprech den Probleme im Bereich der Staatsorganisation bedarf es keines eingehe den Nachweises mehr, wie sehr die Eigenverantwortlichkeit bei der Erfül- lung der Aufgaben von den zur Verfügung stehenden Mitteln abhängt. Die

---

1) Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 27, Anm. 3. Die Garantien der SV in den Länd verfassungen können insoweit vernachlässigt werden, da zu vermuten ist, da diese der Normative des Art. 28 II GG genügen wollten; vgl. BadWürtt. Art. Bayern Art. 11, Bremen Art. 144, Hessen Art. 137, NdS Art. 44, NRW Art. 78 RhPf Art. 49, Saarland Art. 122, SchlH Art. 39; VerfGH NRW v. 4. 2. 1956, OV 10, 282 (284),

2) Annalen des Deutschen Reiches, Bd. 16 (1883), S. 265 (319)

3) Vgl. oben § 2 I und schon Peters, Grenzen, S. 42 für Art. 127 WRV; Carl Sch HdbDStR, Bd. II, S. 595. Für Art. 28 GG BVerfGE v. 20. 3. 1952, Bd. I, 167 (17 gegen W. Weber, Staats- und SV, S. 50

4) BVerfGE v. 22. 11. 1957, Bd. 6, 22

5) a. A. Peters, Grenzen, S. 34, 35; diese seine Stellungnahme wird erzwungen

Garantie der eigenverantwortlichen Regelung von örtlichen Angelegenheiten umfaßt deshalb auch die Garantie grundsätzlich aller dazu erforderlichen Mittel organisatorischer (Organisationshoheit), personeller (Personalhoheit) [6] und - da viele Maßnahmen finanzielle Mittel voraussetzen - finanzieller Art (Finanzhoheit)[7].

Diese "mittelbaren Verwaltungsfunktionen[8]" hängen nicht von der Zahl der sachlichen Gemeindeaufgaben, wie Schul- und Gesundheitswesen, Kultur- und Wohlfahrtspflege, Straßen- und Wohnungsbau, Feuerschutz usw. [9] ab. Auch sie stehen den Gemeinden mit allen ihren in Art und Umfang noch darzustellenden Einzelelementen zwar nur im Rahmen der Gesetze zu. Sie können aber im Unterschied zu den sachlichen Aufgaben, bei denen die staatlichen Eingriffsmöglichkeiten unbeschränkt sind, solange ein ausreichender Rest übrigbleibt, den Gemeinden auch einzeln nicht völlig vorenthalten werden. Ein solcher Entzug würde zwar die rechtliche Existenz der Gemeinde nicht beeinträchtigen, aber der Staat würde sie der tatsächlichen Entscheidungsfähigkeit berauben und damit sicher gegen Art. 28 II GG verstoßen, der diese Handlungsfähigkeit als selbstverständlich voraussetzt.

Man kann aber noch einen Schritt weitergehen. Von eigener Verantwortung könnte man nicht mehr sprechen, wenn der Staat sich hier auch nur ein allzu großes Mitspracherecht sichern wollte. Der logische Endpunkt auch einer solchen Entwicklung wäre eine Gemeinde mit der Stellung einer Behörde im staatlichen Instanzenzug. Nicht umsonst bezeichnet deshalb Giacometti[1] diese Befugnisse als "Gemeindeangelegenheiten par excellence". Es handelt sich hier um "einen verfassungsrechtlich garantierten Funktionskern, den der Gesetzgeber zwar regulieren, über den er jedoch nicht disponieren kann[2]". Art und Umfang dieser Regulierungsmöglichkeit

---

durch seine abgelehnte Begründung der "Existenzaufgaben". Insoweit unvollständig auch Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 33

6) Für diesen speziellen Bereich mit etwas anderer Begründung im Ergebnis auch H. D. Böckenförde, Bindungen S. 26

7) Dieser Komplex soll im folgenden nur insoweit beachtet werden, als dies zur Darstellung der beiden ersten erforderlich erscheint.

8) Giere, KomHdb II (1957), S. 14

9) vgl. dazu den umfangreichen Katalog in Art. 83 I BayVerf.

1) Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, S. 80 Anm. 33

2) Köttgen, Gemeinde, S. 40

festzustellen, ist sicher ein Hauptproblem der Arbeit.

II. Die zusammenfassende Benennung dieser Mittel:
Trotz der Bedeutung dieser mittelbaren Verwaltungsfunktionen für das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden ist es nicht angebracht, sie weiterhin unter dem von Peters geprägten Begriff der "Existenzaufgaben" zusammenzufassen. Dieser wird seither in dem unrichtigen Sinne gebraucht, als ob diese Befugnisse den Gemeinden ipso iure mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit zustünden. Wesentlich näher kommt der rechtlichen Begründung Köttgen[3], wenn er von dem Organisations- und Personalwesen der Gemeinden als den "institutionellen Fundamenten" der Gemeindeverwaltung spricht. In dieser Begriffsbildung läßt sich aber die Finanzhoheit schwerlich unterbringen. Es wird sich deshalb empfehlen, der schweizerischen Terminologie zu folgen, die beide Nachteile vermeidet. Giacometti[4] bezeichnet diese Angelegenheiten als "korporative Aufgaben", ohne die eine eigenverantwortliche Tätigkeit der Gemeinden in sachlicher Hinsicht nicht denkbar sei.

III. Die Erstreckung auf weisungsfreie Angelegenheiten und Aufgaben nach Weisung:
Zweifelhaft ist, ob ein Recht der Gemeinden auf selbständige Wahrnehmung der korporativen Aufgaben auch bei der Bewältigung der Auftragsangelegenheiten bzw. öffentlichen Aufgaben nach Weisung besteht. § 130 II der schleswig-holsteinischen Gemeindeordnung etwa bestimmt: "Der Landesminister des Innern kann im Einvernehmen mit dem zuständigen Fachminister Grundsätze über die Gliederung der Verwaltung für die Aufgabengebiete aufstellen, die den Gemeinden zur Erfüllung nach Weisung übertragen worden sind". Ipsen[5] dagegen ist zumindest für den von ihm untersuchten Bereich der gemeindlichen Personalhoheit der Meinung, die Gemeinden seien auch im Bereich der Weisungsangelegenheiten für die Wahrnehmung der korporativen Aufgaben zuständig.

Die Ansicht Ipsens leuchtet um so mehr ein, als es schon rein praktisch unmöglich ist, etwa für eine Abteilung der Gemeinde, die beiderlei Arten von Aufgaben zu erfüllen hat, insoweit zwei Zuständigkeiten anzuerkennen. Der kommunale Verwaltungsorganismus muß organisatorisch und personell allein von der Gemeindezentrale gesteuert werden; diese darf auch nicht

---

3) Gemeinde, S. 49
4) aaO. S. 77; ebenso Nawiasky, Grundbegriffe der Gemeindeautonomie S. 22
5) DÖV 1955, S. 228
6-7) Diese Anmerkungen fallen wegen Änderungen auf dieser Seite aus.

für einzelne Abteilungen in organisatorischen und personellen Fragen von Weisungen des Staates abhängig sein. Andernfalls wäre sie auch für die Gebiete nicht mehr frei, in denen unbestritten eine eigene Zuständigkeit besteht, denn die fremden Richtlinien zur Gliederung einzelner Abteilungen müßten sich auf die gesamte Geschäftsverteilung auswirken. Für den zweckmäßigsten Einsatz des Verwaltungsapparates unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse bliebe der Gemeinde insgesamt nur ein geringer Raum. Hinsichtlich der korporativen Aufgaben müssen somit die weisungsfreien Angelegenheiten und die Aufgaben nach Weisung gleich behandelt werden[8]).

8 Der Inhalt der Organisations- und Personalhoheit allgemein.

Bisher wurde Art und Umfang dieser korporativen Rechte offen gelassen. Stehen sie der Gemeinde grundsätzlich mit allen nur denkbaren Einzelinhalten zu oder sind bei richtiger Auslegung des Art. 28 II GG von vorherein gewisse Bereiche ausgeschlossen ? In welchem Umfang kann sich der Staat eine Mitwirkung sichern ?

Zur Lösung dieses Problems bedarf es zunächst einer rechtlichen Qualifikation dieser mittelbaren Verwaltungsfunktion. Dabei kann weitgehend auf die geleistete Vorarbeit zurückgegriffen werden:

1) Bei der Eröterung des Rechtssatzcharakters der apersonal-organisatorischen Vorschrift wurde festgestellt, daß die Unterscheidung von rechtssatzmäßigen Regelungen und Verwaltungsvorschriften nicht a priori festliegt. Man kann zwar den Rechtssatz rechtstheoretisch als Satz des objektiven Rechts definieren und mit ihm auch das von der Verwaltung gesetzte Recht umfassen. Damit gewinnt man aber kein Unterscheidungsmerkmal, wenn es darum geht, diejenigen organisatorischen "Rechtssätze" abzugrenzen, die bestimmen, wann "der Staat", "die Gemeinde" dem Bürger rechtswirksam gegenüber treten. Nur auf ihre Einhaltung soll er ja einen Anspruch haben, ihre Verletzung soll einen Verwaltungsakt fehlerhaft machen usw. Daß dies nicht für alle organisatorischen Regelungen zutreffen kann, will man die Verwaltung nicht ihres ursprünglichen Sinnes berauben und zur Untauglichkeit verurteilen, wurde nachgewiesen. Es kann also auch hier nur darum gehen, einen engeren Bereich des Rechts mit dem Rechtssatzbegriff zu umgrenzen. Auch bei der Gemeinde müssen gewisse minimale rechtssatzmäßige Zuständigkeitsbestimmun-

---

8) So im Ergebnis auch H. W. Wolff, Organisationsgewalt, S. 119

gen getroffen werden, soll sie sich nicht im Anonymen auflösen.

Versucht man die bei der Gemeindeorganisation auftretenden rechtssatzmäßigen Regelungen näher zu bestimmen, so empfiehlt es sich, auch hier von der bereits getroffenen Unterscheidung zwischen Zuständigkeitsregelung und Geschäftsverteilung innerhalb dieser Zuständigkeit auszugehen[9]. Art. 28 I GG fordert eine aus Wahlen hervorgegangene Vertretung des Volkes bzw. eine Gemeindeversammlung. Die Zuständigkeitsregelung wird daher zumindest eine abstrakte Abgrenzung der Befugnisse und die Bestimmung der Wirksamkeitsvoraussetzungen von Handlungen für die Gemeinde durch Volk, Gemeindevertretung oder -versammlung und der Verwaltungsspitze in welcher Form man auch immer diese gestalten will, enthalten. Es handelt sich also vornehmlich um die Regelungen, die erforderlich sind, um eine "Idealgemeinde", die nur diese Organe hat und wegen des geringen Geschäftsanfalls keiner Untergliederung der Verwaltungsspitze bedarf, funktionsfähig zu erhalten. Daraus erhellt, daß beispielsweise die Einräumung von Entscheidungsbefugnissen an Ausschüsse der Gemeindevertretung, die an Stelle des Gesamtgremiums handeln, rechtssatzmäßige Regelungen darstellen. Dasselbe gilt von zwingenden, konstitutiven Mitwirkungsbefugnissen einer besonders gearteten Volksvertretung [1].

Eine Geschäftsverteilungsmaßnahme ist dagegen grundsätzlich die Bildung derartiger Ausschüsse mit lediglich entscheidungsvorbereitenden Befugnissen; dasselbe gilt für die je nach Geschäftsanfall erforderliche Aufgliederung der Verwaltungsspitze. Die letztere Feststellung deckt sich inhaltlich mit § 44 I BadWürttGemO, der dem Bürgermeister die formlose Regelung "der inneren Organisation der Gemeindeverwaltung" zuweist.

2) Die Rechtliche Qualifikation der "die gemeindlichen Organwalter und deren Hilfskräfte[2]" berührenden Regelungen und Maßnahmen ist darnach zu treffen, ob diese als Glieder des Verwaltungsorganismus der Gemeinde (Betriebsverhältnis) oder als Träger eigener Rechte (Grundverhältnis) betroffen werden. Soweit dies hier interessiert, wurde bereits eine nähere Abgr

---

9) Diesen Weg geht auch der VGH Stuttgart E. vom 23. 5. 1957, DÖV 57, 508: "D Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen verschiedenen Organen einer Gem de ist keine Frage der Geschäftsverteilung, sondern eine Frage der gemeindev fassungsrechtlich zu regelnden Zuständigkeit." Vgl. ebenso VGH Stuttgart vo 11. 1. 1951, DÖV 51, 222.

1) Vgl. den Bürgerausschuß nach § 57 BadWürttGemO.

2) Was darunter im einzelnen zu verstehen ist, bleibt noch darzustellen.

zung getroffen. Darnach stellen die Beamten-, Disziplinar- und Besoldungsgesetze sowie das Arbeitsrecht der Angestellten und Arbeiter sicher rechtssatzmäßige Regelungen dar.

Administrative Befugnisse stellen dagegen die Direktionsrechte der Gemeinde gegenüber ihrem Personalkörper dar, mögen diese nun rechtlich gesehen in innerdienstlichen Weisungen (Verwaltungsvorschriften) oder - gegründet auf eine rechtssatzmäßige Regelung - in Verwaltungsakten bestehen. Für die arbeitsrechtlichen Direktionsrechte hinsichtlich der gemeindlichen Angestellten und Arbeiter gilt entsprechendes.

II. Bezüglich des Umfangs der Zuständigkeiten der Gemeinden im Bereich dieser so qualifizierten korporativen Aufgaben werden die verschiedensten Meinungen vertreten, die manchmal im Ergebnis, oft aber nicht in den Begründungen übereinstimmen. Es sollen daher nur die wichtigsten Stimmen angeführt werden, die auf eine eigene Stellungnahme hinführen:

1) Die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung und ihre Mängel:

a) H. J. Wolff [3] anerkennt zwar, daß organisatorische Regelungen Rechtssätze enthalten können, trifft aber keine Unterscheidung hinsichtlich der gemeindlichen Kompetenzen. Er gesteht der Gemeinde auf Grund ihrer Rechtsfähigkeit und der angeblich darauf fußenden Organisationsgewalt grundsätzlich volle Organisationshoheit zu, gleichgültig welcher Art die dabei zu erlassenden Vorschriften sind. Seine Lösung wurde als schon im Ausgangspunkt verfehlt abgelehnt.

b) Ipsen[4] ist auf dem benachbarten Gebiet der Personalhoheit der Ansicht, ganz unabhängig davon, welche sachlichen Verwaltungsaufgaben in concreto den Gemeinden als örtliche Gemeinschaftsangelegenheiten zustehen, müsse "jedenfalls die Bereitstellung allen Gemeindepersonals, die allgemeine Regelung ihrer Dienst- und Besoldungsverhältnisse und die Wahrnehmung aller Aufgaben der Personalverwaltung im Gebiet der der Gemeinde zustehenden Sachaufgaben grundsätzlich zum Inhalt der gemeindlichen Personalhoheit gehören". Die Personalhoheit enthalte sowohl exekutive wie normative Befugnisse. Dieser Schluß folge zwingend aus dem "Intendanzcharakter" aller Personalverwaltung, die nicht Sachaufgabe um ihrer selbst willen sei, sondern Hilfsfunktion zur Ermöglichung von Sachaufgaben - Erledigung.

---

3) Organisationsgewalt, S. 39 ff
4) DÖV 55, 225 (228)

Durch Gesetze könne diese Personalhoheit in keinem ihrer Bestandteile völlig verdrängt werden, vielmehr stehe dem Gesetzgeber auch für die normativen Elemente nur eine Art Rahmenkompetenz zu. Er erklärt deshalb alle Ländergesetze, die das Beamten- und Besoldungsrecht für die Gemeinden abschließend regeln, für verfassungswidrig.

c) Der VerfGH NRW[5] meint, nach dem Wortsinn umfasse die Personalhoheit das Recht, die für die Gemeindeverwaltung erforderlichen Personen nach gemeindlichem Willensentschluß anzustellen. Er läßt ausdrücklich offen, ob der Gemeinde das unbeschränkte Recht zustehe, die Art des Dienstverhältnisses (Beamte, Angestellte, Arbeiter; haupt-, neben- oder ehrenamtlich), dessen Inhalt (Höhe der Besoldung, Dauer des Dienstes) und die haushaltsrechtliche Seite (Beschaffung der Stellen) allein zu regeln, oder ob der Staat bei diesen Fragen sich gesetzlich eine Mitwirkung sichern könne. Die besoldungsrechtlichen Angleichungsvorschriften hat er später für zulässig gehalten[6]. Darin ist ihm der BadWürtt. StGH gefolgt[7]. Man mag dem Ergebnis dieser Urteile zustimmen; wie anfechtbar ihre geschichtlichen, theoretischen und praktischen Argumente sind, hat schon Bauer[8] nachgewiesen. Entscheidender ist jedoch, daß beide Gerichte das eigentliche Problem, nämlich Art und Umfang der Garantie eines gemeindlichen Satzungsrechts nicht berührt haben. Da es sich gerade bei dem Besoldungsrecht um rechtssatzmäßige Regelungen handelt, wären die umfangreichen Erörterungen überflüssig, wenn man sich etwa auf den Standpunkt stellen wollte, Art. 28 II GG und die ihm entsprechenden Bestimmungen der Länder enthielten überhaupt keine Garantie eines Satzungsrechts.

d) Das Problem und die Konsequenz sieht H. D. Böckenförde [9]. Er gesteht dem Staat das Recht zur abschließenden Regelung des kommunalen Dienstrechts zu. Zwar werde den Gemeinden durch Art. 28 II GG ein Satzungsrecht in allen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gewährleistet und somit müsse ihnen auch auf dem Gebiet des Personalrechts grundsätzlich ein Satzungsrecht zustehen. Auf Grund des einschränkenden Gesetzesvorbehalts (im Rahmen der Gesetze) sei das Satzungsrecht den Gemeinden jedoch von vornherein nur mit der Einschränkungsmöglichkeit durch Gesetz verliehen.

---

5) E. vom 21.8.1954, OVGE 9, 74 (82)
6) E. vom 4.2.1956, 10, 282
7) E. vom 1.6.1957, BadWürttVBl. 57, 138
8) KomPolBl. 56, 400
9) Bindungen, S. 33 ff

Dieses Argument schlägt nicht durch. Der Gesetzesvorbehalt erstreckt sich nach dem Wortlaut des Art. 28 II GG unbestritten auf sämtliche Gemeindeangelegenheiten. Für die sachlichen Aufgaben besteht zwar eine Allzuständigkeitsvermutung; diese kann jedoch vom Gesetzgeber widerlegt werden[1], sofern er nur einen ausreichenden Rest von Aufgaben beläßt. Dies gilt auf dem sachlichen Bereich für administrative wie für normative Angelegenheiten (etwa Bausatzungen, Satzungen über Anschluß- und Benutzungszwang). - Wie nachgewiesen, verhält es sich aber mit den mittelbaren Verwaltungsfunktionen, den korporativen Aufgaben, völlig anders, obwohl auch für sie insgesamt der Gesetzesvorbehalt besteht. Er gilt nicht nur von vornherein für die im Wege des Satzungsrechts wahrzunehmenden normativen Elemente dieser korporativen Aufgaben, sondern ebenso für die aus ihnen fließenden administrativen Befugnisse. Hält man deshalb vom Gesetzesvorbehalt her, auf Grund eines rein formalen Gesichtspunkts also, einen völligen Entzug der normativen Befugnisse für zulässig, so darf man sich dieser Konsequenz auch für die administrativen Elemente der korporativen Aufgaben nicht verschließen. Auch nach Böckenförde's Ansicht können aber die administrativen Befugnisse nicht entzogen oder in staatliche Regie übernommen, sondern trotz des Gesetzesvorbehalts nur unter ganz engen Voraussetzungen beschränkt werden. Allein von einem so gesehenen Gesetzesvorbehalt her könnte dasselbe unbedenklich für die normativen Regelungen behauptet werden, denn auch insoweit geht es um das Problem der Mittel zur Erfüllung der sachlichen Gemeindeaufgaben. Mit diesem Gesichtspunkt Böckenförde's läßt sich also die Frage nicht beantworten, ob den Gemeinden auf personalrechtlichem und auch organisatorischen Gebiet satzungsrechtliche Befugnisse zustehen oder nicht.

Ähnlich verhält es sich mit dem zusätzlichen Argument, das Böckenförde von Köttgen[2] übernimmt, um die Ipsen'sche These von einer verfassungsrechtlich garantierten Satzungsgewalt der Gemeinden in personellen Angelegenheiten zu widerlegen. Der Bund habe in Art. 75 Ziff. 1 GG eine Rahmengesetzgebungskompetenz erhalten. Folgte man der Ipsen'schen Auffassung, so bestünden für den Bundesgesetzgeber zwei Rahmenzuständigkeiten, deren eine Variante explicite in Art. 75 GG, der andere implicite in Art. 28 formuliert wäre. Selbst bei der nicht immer genauen Formulierung des GG werde man annehmen müssen, daß der Gesetzgeber Gedankengängen dieser Art unmißverständlicher Ausdruck verliehen hätte. - Köttgen[3] selbst be-

---

1) Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 30 und 31
2) DVBl. 55, 449 und Gemeinde, S. 104
3) Gemeinde, S. 96

dient sich jedoch dieser Konstruktion, um Eingriffe des Bundesgesetzgebers in die Personalwirtschaft der Gemeinden abzuwehren. Der Entwurf eines ersten BRRG sah in § 56 eine "unabhängige, an Weisungen nicht gebundene Stelle zur einheitlichen Durchführung der beamtenrechtlichen Vorschriften im Bereich eines jeden Landes" vor. Der Zuständigkeit dieser Stelle sollte auch die kommunalen Personalwirtschaft unterworfen werden. Köttgen sah eine solche Regelung als mit Art. 28 II GG unvereinbar an, da dadurch die Personalpolitik aus dem kommunalen Raum heraus verlagert werde[4]). Das bedeutet doch, daß für den Bundesgesetzgeber in Art. 28 II GG neben Art. 75 Ziff. 1 GG eine weitre Schranke besteht, obwohl auch dies nicht anders als in der Garantie "in eigener Verantwortung" zum Ausdruck kommt. Es soll nicht verkannt werden, daß es sich in § 56 des Entwurfes um Einwirkungen auf administrative Befugnisse gehandelt hätte. Aber warum sollte nicht auch bei den satzungsrechtlichen Elementen des Organisations- und Personalrechts eine ähnliche Schranke bestehen? Die juristische Konstruktion wäre jedenfalls dieselbe[5]).

e) Lassen sich keine anderen Argumente finden, so wird man der These Ipsen's von der staatlichen "Rahmenkompetenz" zumindest in den Bereichen des gemeindlichen Personal- und Organisationsrechts, die der staatlichen Einflußnahme nur bedingt offenstehen, im Ergebnis schwerlich mehr widersprechen können. Unrichtig wäre es allerdings, diese Grenze aus Art. 28 II GG als eine Rahmenkompetenz i.S. des terminus technicus von Art. 75 GG zu behandeln, denn dieser hat lediglich eine Abgrenzung des Bund-Länder-Verhältnisses im Auge[6]), während sich die Grenze des Art. 28 II GG gegen Bund und Land auswirken müßte. Im Ergebnis müßte sie allerdings ähnlich wirken und neben der Zuständigkeit des Bundes nach Art. 75 Ziff. 1 GG eine weitere Gesetzgebungskompetenz der Länder für das kommunale Dienstrecht praktisch ausschalten. Was diese Lösung auch für die Gemeindeordnungen mit ihren verschwindend geringen satzungsrechtlichen Zuständigkeiten der Gemeinden bedeuten müßte, braucht nicht besonders nachgewiesen zu werden.

---

4) Die Bestimmung fehlt im BRRG v. 1.7.57, BGBl I, S. 667

5) Von der Stellungnahme zu diesem Problem im Bereich der korporativen Aufgaben hängt die Frage der satzungsrechtlichen Zuständigkeiten der Gemeinden in sachlichen Materien der örtlichen Gemeinschaft nicht ab (anderer Ansicht Köttgen, DVBl. 55, 449). Vgl. die unterschiedliche Qualität und Begründung der beiden Bereiche oben § 7, I.

6) Dies anerkennt Ipsen, wenn er insoweit eine Rahmenkompetenz nur "mutatis mutandis" befürwortet: DÖV 55, 229

2) Die eigene Lösung:

a) Problemstellung und ausländische Erkenntnisse:

Die Erörterung hat von der grundsätzlichen Struktur des Art. 28 II GG auszugehen. Die einfachste Lösung wäre, ohne weiteres von dem Fehlen satzungsrechtlicher Zuständigkeiten der Gemeinden im Bereich des Organisations- und Personalrechts vor Inkraftreten der Verfassung auf eine gleiche Rechtslage nach Art. 28 II GG zu schließen. Dies würde jedoch auf eine "status-quo-Garantie" hinauslaufen, die für Art. 28 II GG wiederholt abgelehnt wurde[7]). Niemand gebraucht auch diese Konstruktion, um etwa die früher zahlreichen staatlichen Genehmigungs- und Bestätigungsvorbehalte heute noch zu rechtfertigen.

Die Lösung muß deshalb einen anderen Weg gehen. Selbst wenn man bejahen wollte, daß Art. 28 II GG den Gemeinden ein Satzungsrecht "garantiert", ist zu untersuchen, ob dieser Artikel und die entsprechenden Regelungen der Länder eine materielle Kompetenz enthalten. Es könnte nämlich auch sein, daß die Gemeinden für jede Aufgabe, die sie in Angriff nehmen wollen, zuvor einer Ermächtigung durch den einfachen Gesetzgeber bedürfen und daß zudem der Verfassungsgesetzgeber diesen möglicherweise zwingen wollte, gewisse satzungsrechtliche Befugnisse, nicht aber auch ein bestimmtes Gebiet tatsächlich zu delegieren. Besteht eine unmittelbare Kompetenz, so ist jede staatliche Beschneidung gemeindlicher Rechte zu rechtfertigen. Andernfalls liegt eine Beschränkung erst vor, wenn ein delegiertes Recht wieder entzogen oder eine Pflicht zur Delegation verletzt wird.

Die schweizerische Kommunalwissenschaft gibt einen Hinweis auf die Lösung eines Teilproblems[8]). Dort ist unbestritten, daß die SVsgarantien materielle Kompetenzen enthalten, soweit es sich um Aufgaben handelt, die mit administrativen Mitteln zu bewältigen sind. Unentschieden ist, ob dies auch für Rechte gilt, die einer satzungsrechtlichen Regelung bedürfen:

F. Reinhardt[9]) ist der Ansicht, daß die Verfassungsnormen, die den Gemein-

---

7) Vgl. oben § 7, I, Ziff. 2

8) Soweit es hier interessiert, sind die SVsgarantien der Schweizerischen Kantone Art. 28 II GG gleichartig; vgl. etwa Art. 48 der Verfassung des Kantons Zürich v. 18.4.1869: "Die Gemeinden sind befugt, ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und Gesetze selbständig zu ordnen."

9) Die Gemeindeautonomie nach solothurnischem Recht, S. 23, 37

den garantieren, ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Gesetze selbständig zu ordnen, hinsichtlich des Satzungsrechts nur eine formale Kompetenz erteilen. Für den Gesetzgeber enthielten sie die generelle Erlaubnis, aber nicht eine Pflicht zur Delegation. Er deutet also insoweit die Wendung "im Rahmen der Gesetze" inhaltlich in die Formulierung "auf Grund der Gesetze"; da es offenbar im schweizer Recht gültige Satzungen ohne spezialgesetzliche Grundlage gibt, fügt er hinzu "und des Gewohnheitsrechts".

Bütikofer[1] bezeichnet diese Konstruktion als fragwürdig. Er hat den Wortlaut der Verfassungsbestimmungen für sich und begründet auch seine Behauptung, daß sowohl die Entwicklung der Selbständigkeit der Gemeinden wie auch die Umstände, unter denen die Verfassungsnormen entstanden seien, es nicht als zutreffend erscheinen lassen, daß der Verfassungsgeber den Gemeinden insoweit eine inhaltslose Kompetenz habe einräumen wollen. Spezialgesetzlichen "Ermächtigungen" gesteht er nur deklaratorischen Charakter zu. Sie seien grundsätzlich nicht nötig, gäben aber den Gemeinden einen nützlichen Hinweis dahin, daß das betreffende Gebiet noch einer satzungsrechtlichen Regelung offensteht.

b) Auf welchem Standpunkt steht das deutsche Recht ?

aa) Bezüglich der Garantie der Verwaltungsaufgaben der Gemeinde ist die Rechtslage gleich. Noch keine Gemeinde ist auf den Gedanken gekommen, in diesem Bereich nach einer gesetzlichen Spezialermächtigung zu suchen. Soweit ersichtlich, ist eine gegenteilige Meinung nirgends vertreten worden[2].

bb) Für das Satzungsrecht stellt sich zunächst die Frage, ob Art. 28 II GG bzw. Art. 71 BadWürttVerf. (dieser wegen seines etwas abweichenden Wortlauts) überhaupt etwas darüber aussagen. Dies ist zu bejahen und zwar in dem Sinn, daß beide den Gemeinden in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ein Satzungsrecht "im Rahmen der Gesetze" "garantieren[3]".

---

1) Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden, S. 63 ff. Es ist interessant, daß Bütikofer den Organisationsnormen, S. 53 teilweise Rechtssatzcharakter zugesteht und seine Ausführungen auch für diesen Bereich verstanden wissen will.

2) Anders die Rechtslage in England, wo die Lokalverbände auch insoweit nur Befugnisse "auf Grund und im Rahmen der Gesetze" haben, vgl. Goetz, KomHdb I (1956) S. 599.

3) Vgl. statt aller Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 35; BVerwG v. 7.3.1958, Bd. 6, 247 ff; Becker, KomHdb I (1956), S. 158; für Art. 71 BadWürttVerf.: StGH vom 24.3.1956, BadWürttVBl. 56, 88 ff; Spreng-Birn-Feuchte, S. 240; a.M. Wernicke, BK Art. 28, Erl. II 2b; Köttgen, DVBl. 1955, 449.

Offen bleibt, ob damit eine unmittelbare materielle Kompetenz gegeben ist, oder nur eine formelle, die zwar dem einfachen Gesetzgeber verbietet, den Gemeinden das Satzungsrecht völlig vorzuenthalten, ihm im übrigen aber völlig freie Wahl läßt, auf welchen Gebieten er ein Satzungsrecht tatsächlich verleihen und damit "hoheitliche Potenzen in die rathäusliche Verwaltung einströmen[4])" lassen will. Der Wortlaut des Art. 28 II GG sieht eine unterschiedliche Behandlung der administrativen und normativen Kompetenzen der Gemeinden nicht vor. Will man trotzdem für das Satzungsrecht nur eine formelle Garantie im angedeuteten Sinne sehen, so muß man dafür gewichtige Gründe angeben:
Das BVerwG[5]) und Köttgen[6]) äußern zum ersten Teilproblem die Ansicht, die Gemeinden könnten ihre Satzungen nicht unmittelbar auf Art. 28 II GG stützen. Auch Maunz-Dürig[7]) sehen in Art. 28 II GG nur eine formelle Kompetenz. Es sei "stets zu unterscheiden: Die Satzungsermächtigung, die in einem einfachen Gesetz erfolgt und die Verfassungsvorschrift, aus der sich die Duldung ("Ermächtigung") eines solchen Gesetzes durch die Verfassung ergibt". Diese Stimmen sind also, ohne daß dies einer Erörterung bedürfte, bereit, für das Satzungsrecht die Formulierung des Art. 28 II GG "im Rahmen der Gesetze" inhaltlich in die Wendung "auf Grund und im Rahmen der Gesetze" umzudeuten. Rein sprachlich wäre dies schließlich zu vertreten, wenn man den Begriff nicht im buchstäblichen Sinn verwenden will[8]), nicht aber wenn sich dahinter eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung verbirgt. Selbst wenn man sich aber diesen Ansichten anschließt, bleibt offen, ob und inwieweit der Gesetzgeber verpflichtet ist, den Gemeinden wenn nicht für bestimmte sachliche Aufgaben, so doch im Bereich des Organisations- und Personalrechts vielleicht ein Satzungsrecht zu delegieren. Der Pflicht, die administrativen Befugnisse möglichst wenig zu beeinträchtigen, würde dann die Pflicht entsprechen, die Regelung deren normativer Elemente wenigstens in einem gewissen Umfang der Gemeinde zu übertragen.

Bei der Interpretation des Art. 28 II GG braucht die Frage nicht entschieden zu werden, ob der objektiven Methode der Gesetzesauslegung, welche hauptsächlich auf den Willen des Gesetzes abstellt[9]), oder der subjektiven,

---

Köttgen, Gemeinde, S. 102; vgl. auch W. Weber, DVBl. 55, 615
E. v. 7.3.1958, Bd. 6, 247 ff
Gemeinde, S. 96
7) Art. 80, Rdnr. 33, Anm. 1
Vgl. die Kritik von Maunz-Dürig, Art. 17a, Rdnr. 25, Anm. 5, an der Ungenauigkeit des GG bei der Formulierung von Gesetzesvorbehalten.
So BVerfG, Bd. I, 299; BGH v. 20.3.51, NJW 51, 369

welche im Willen des Gesetzgebers das entscheidende Kriterium sieht, de Vorzug zu geben ist. Es läßt sich weder aus dem Wortlaut sicheres aussa gen, noch trägt die Entstehungsgeschichte[1] etwas zur Klärung bei. Die Auslegung der Verfassung kann sich aber nicht auf diese im allgemeinen zum Ziele führenden Methoden beschränken. Das BVerfG[2] sah sich schon früh vor einer derartigen Situation und führte aus: "Das Verfassungsrecht b steht nicht nur aus den einzelenen Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltende allgemeinden Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausg gangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat."

Von einem derartigen vorverfassungsrechtlichen Hintergrund ist hier in zweifacher Hinsicht auszugehen. Einmal hat den Gemeinden nach deutschem Recht ein Satzungsrecht tatsächlich noch nie unmittelbar auf Grun der Verfassung, sondern stets nur nach gesetzlicher Spezieldelegation zu standen[3]. Weiter waren aber auch Umfang und Breite des Satzungsrechts stets völlig dem einfachen Gesetzgeber überlassen. Seine Pflicht, auf irgendeinem Gebiet den Gemeinden ein Satzungsrecht zu übertragen - und wäre dies für das gemeindliche Selbstbestimmungsrecht noch so förderlich ist vor Inkrafttreten des GG nicht erörtert worden. Man ging unausgesproch von dem schon angedeuteten Prinzip aus, daß die Verleihung des Satzungsrechts ganz besondere hoheitliche Potenzen in die Rathäuser fließen lasse deren Ausmaß dem Gesetzgeber in jedem Einzelfall vorbehalten bleiben sollte. Art. 28 II GG anders auszulegen, ohne daß dies in der Verfassungsratungen oder im Wortlaut zum Ausdruck gekommen ist, würde eine "Übrumpelung[4]" des Verfassungsgebers bedeuten, die keineswegs Aufgabe der fassungsauslegung sein kann. So gesehen hätte man in der Tat vom Verfassungsgeber eine deutliche Formulierung verlangen müssen, hätte er die Grundstru der bisherigen Garantie (Art. 127 WRV) entscheidend ändern wollen. Daß e

---

1) JöR n.F. Bd. I (1951), S. 244 ff

2) BVerfGE, Bd. II, 381; ähnlich BVerwGE Bd. I, 159 und Nawiasky, Allgemein Rechtslehre, S. 138

3) Unbestritten, vgl. schon H. Peters, HdbDStR Bd. II, S. 264 ff

4) Nur diese Formulierung stammt vom BayVerfGH, E. vom 21. 12. 1951, GVBl. (93), der in seinem Fall der Gefahr einer auf die "status-quo-Garantie zumi hintendierenden Argumentation nicht ganz entgangen ist. Dies kann der vorg genden Lösung nicht vorgeworfen werden, da sie nicht die vorkonstitutionell Rechtslage im Hinblick auf ein Einzelrecht untersucht, sondern ein allgeme Prinzip des Gemeinderechts freilegt, das nicht nur für das Organisations- un

dies außer Beifügung der Allzuständigkeitsklausel nicht beabsichtigte, betont auch das BVerfG[5]. Der Verfassungsgeber hat somit von vornherein in Kauf genommen, daß der Gesetzgeber sich auch auf dem Gebiet des gemeindlichen Personal- und Organisationsrechts die Regelung der normativen Elemente vorbehält. Soweit die Gemeinde hinsichtlich der normativen Elemente dieser korporativen Rechte auf gesetzgeberische Vorleistungen angewiesen ist, soll sie ihre sachlichen Angelegenheiten erledigen können, besteht für den Gesetzgeber somit lediglich die Pflicht, entweder auf die Bedürfnisse der Gemeinden abgestimmte Gesetze zu erlassen, oder - falls er dazu nicht in der Lage ist - diesen durch Übertragung des Satzungsrechts eine eigene Regelung zu ermöglichen. Ob der Gesetzgeber sachgerechte Begelungen getroffen hat, die diesen Bedürfnissen entsprechen, ist eine noch am Leitbild des Art. 28 II GG zu messende Frage.

§ 9 Inhalt der Organisations- und Personalhoheit im einzelnen.

A. Die Organisationshoheit der Gemeinde:

I. Die Geschäftsverteilung:

Was die organisatorischen Verwaltungsvorschriften bei den Gemeinden, also Verwaltungsgliederung, Geschäftsverteilung usw. betrifft, so gilt für sie alles, was auf dem Gebiet des staatlichen Rechts ausgeführt wurde. Sie sind in die den Gemeinden durch Art. 28 II GG/Art. 71 BadWürttVerf unmittelbar delegierte Hoheitsgewalt eingeschlossen und bedürfen keiner gesetzlichen Ermächtigung, sondern stehen der Gemeinde ipso iure mit der Verleihung des Selbst"verwaltungs"rechts zu. Auf sie kann der Staat nur in dem Rahmen einwirken, wie es die noch zu erörternde Effektivität der SVsgarantie zuläßt. Eine allzu starke staatliche Einflußnahme oder gar deren vollständige Regelung beeinträchtigt die Eigenverantwortung der Gemeinde erheblich. Die örtliche Verwaltungsführung ist befugt und weit besser in der Lage, die Erfordernisse der inneren Gemeindeorganisation zu beurteilen und den Bedürfnissen einer rationell und schnell arbeitenden Behörde anzupassen[6].

Personalrecht Bedeutung hat, sondern ganz allgemein für das gemeindliche Satzungsrecht gilt.

5) E. v. 20.3.52, Bd. I, 167 ff; ähnlich Köttgen, Gemeinde, S.105

6) Damit rechtfertigen sich grundsätzlich die Bedenken, die die S.38, Anm. 5 zit. Autoren gegen die von ihnen aufgezählten Beispiele vorbringen; - dasselbe gilt für § 130 II SchlHGemO (vgl. oben S.46). Ihre Begründetheit

II. Die Zuständigkeitsregelung:
Obwohl der letztere Gesichtspunkt grundsätzlich auch für die rechtssatzmäßigen Organisationsregelungen gilt - ohne daß verkannt werden soll, daß hier weit mehr überörtliche, soziologische und politische Momente mitspielen - hat sich der Verfassungsgeber entgegen der Ansicht von H. W. Wolff gegen eine gemeindliche "Verfassungsautonomie" gleich welcher Intensität entschieden. Soweit der Gesetzgeber den Gemeinden hier satzungsrechtliche Befugnisse verleiht, bedeutet dies ein Entgegenkommen. Behält er die Regelung sich selbst vor, so hat er diese unter Beachtung der Bedürfnisse einer optimalen Verwaltungsführung und des verfassungsrechtlichen und politischen Anliegens des Art. 28 GG zu treffen[7].

B. Die Personalhoheit der Gemeinde:

I. Der persönliche Geltungsbereich:
Bisher war bei der Erörterung der personellen Mittel stets die Rede von "den gemeindlichen Organwaltern und deren Hilfskräften". Darnach würden Gemeinderatsmitglieder, Beamte und Angestellte der Gemeinde dem Begriff der Personalhoheit unterfallen.

Für die Beamten - seien diese zugleich Organwalter oder nicht - ist dies allgemein anerkannt[8]. Görg[9] zieht jedoch aus der Begriffsbildung Personal"hoheit" die Folgerung, Angestellte und Arbeiter müßten davon ausgenommen werden, da etwa Auswahl und Anstellung dieser nicht beamteten Dien

---

hängt von den noch im einzelnen festzustellenden Voraussetzungen eines staatlichen Eingriffs in den administrativen Bereich dieser korporativen Rechte ab. Die Einzelprüfung soll für BadWürtt. insoweit jedoch nicht vorgenommen werden, um die Übersichtlichkeit der Arbeit nicht weiter zu belasten; diese Prüfung bietet im Ernstfall unter Verwendung dieser und der unter § 10 der Arbeit vorgenommenen Untersuchungen keine Schwierigkeiten.

7) Im zweiten Teil der Arbeit soll untersucht werden, ob der Gesetzgeber in Bad. Württ. diesen Forderungen nachgekommen ist bzw. ob und inwieweit er, um dem Prinzip örtlicher Selbstbestimmung besonderen Nachdruck zu verleihen, den Gemeinden aus rechtspolitischen Gründen volle oder größere Organisationshoheit zugestehen sollte (so Art. 144 BremVerf.; vgl. dazu das Ortsgesetz Bremerhaven, ABl. 1947, S. 291)

8) Görg, KomHdb. II (1957), S. 60; Ipsen, DÖV 55, 226; BadWürttStGH v. 30.5.1959, BadWürttVBl. 59, 138

9) Görg, KomHdb. II (1957), S. 60

kräfte nicht als Hoheitsrechte bezeichnet werden könnten. Ipsen vertritt den entgegengesetzten Standpunkt[1]. Dieser ist auch für das schweizer Recht eine Selbstverständlichkeit; Nawiasky[2] führt zum Geltungsbereich der gemeindlichen "Personalautonomie" aus: "Was für die eigentlich repräsentativen Organe der Gemeinde gilt, gilt erst recht von dem Hilfspersonal, den Beamten und Angestellten." In der Tat dürfen Personalhoheit und beamtenrechtliche Dienstherrnfähigkeit nicht gleichgesetzt werden[3]. Personalhoheit ist ein Begriff des öffentlichen Rechts im weiteren Sinne; der Begriff der Dienstherrnfähigkeit gehört ausschließlich dem Beamtenrecht an.

Dem widerspricht das BVerfG[4] nur scheinbar. Es nimmt die Angestellten und Arbeiter nicht grundsätzlich von der Personalhoheit der Gemeinden aus, sondern hält die definitiven Entscheidungsrechte des Personalrats bzw. einer Einigungsstelle in personellen Angelegenheiten als mit Art. 28 II GG vereinbar. Ob dies vertretbar ist, muß zunächst dahingestellt bleiben. Unbestritten stellen auch diese Mitwirkungsrechte dritter eine Beschränkung der Entscheidungsbefugnisse der Gemeinde dar.

Wenn Nawiasky in der eben zit. Bemerkung von "Organen" spricht, so versteht er nach seiner Terminologie und nach dem Zusammenhang darunter alle Organwalter der Gemeinde, also auch die Gemeinderäte. Damit wird eine im deutschen Recht kaum gesehene Seite der Personalhoheit der Gemeinde berührt. Nur Obermayer[5] erkennt sie in einer beiläufigen Bemerkung und Thieme[6] vertritt der Sache nach die Ansicht, daß etwa Einflußrechte des Staates bei der Bestellung der Gemeinderäte, ihrer Einzelablösung oder der Auflösung des gesamten Gemeinderats durch den Staat unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit beurteilt werden müssen. Wie anders hätte etwa das BVerfG[7] - bzw. dann evtl. die Staatsgerichtshöfe der Länder[8] - die kommunalwahlgesetzlichen Beschränkungen der freien Auswahl der Gemeindebürger bei der Wahl der Gemeinderäte für ungültig erklären können, wenn die Verfassungsbeschwerden nicht von Wahlbewerbern,

---

1) DÖV 55, 226; ebenso BVerwGE. v. 22. 11. 57, Bd. 6, 19 (24)
Grundbegriffe der Gemeindeautonomie, S. 22 3) Gerth, ZBR 58, 91, Anm. 6
E. vom 27. 4. 1959, Bd. 9, 268 (284, 289)
Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 142
DVBl. 58, 261 ff; vgl. auch Bad. VGH vom 5. 11. 1952, DVBl. 53, 269
E. vom 12. 7. 1960, DÖV 60, S. 705 ff; vom 2. 11. 1960 und 15. 11. 1960, JZ, 85 und 87; vom 30. 5. 1961, BGBl. I, S. 908
Vgl. § 91 Satz 2 BVerfGG i. V. m. Art. 76 BadWürttVerf.

sondern von Gemeinden eingelegt worden wären ? Wenn der Staat etwa be stimmt, daß die Gemeinde nur Personen in den Gemeinderat wählen darf die einer politischen Partei im Sinne von Art. 21 GG angehören, so ist diese neuartige Beschränkung nicht anders zu beurteilen als die früher all gemein üblichen Eignungsvoraussetzungen für die Wahl zum Bürgermeiste In beiden Fällen sucht der Staat auf die Bestellung der gemeindlichen Or ganwalter Einfluß zu nehmen und ihm ungeeignet erscheinende Bewerber der Gemeindeleitung auszuschließen. Daß der Bürgermeister zugleich noc Beamter ist, rechtfertigt keine unterschiedliche Beurteilung, zumal imm wieder erwogen wird, den Bürgermeister nicht mehr zum Beamten zu er nennen[9]. Niemand würde dann auf den Gedanken kommen, ihn von der Personalhoheit der Gemeinde auszunehmen. Der persönliche Geltungsbere der Personalhoheit der Gemeinde ist somit weiter als der der staatlichen Exekutive.

II. Der sachliche Umfang:

1) Die normativen Bereiche:
Aus den Untersuchungen über die grundsätzliche Struktur des Art. 28 II G ergibt sich, daß den Gemeinden auf dem Gebiet der Personalhoheit kein Satzungsrecht zustehen muß. Gegen eine Regelung des kommunalen Be amten-, Besoldungs- und Disziplinarrechts durch den staatlichen Gesetzg ber ist nichts einzuwenden, solange dieser nicht Bestimmungen trifft oder unterläßt, die die Erledigung der sachlichen Gemeindeaufgaben erheblich erschweren oder gar unmöglich machen. Entsprechendes gilt für das Arbe recht der Angestellten und Arbeiter.

Ob dabei der Gesetzgeber insbesondere die Sonderstellung des Gemeindew standes ausreichend berücksichtigt hat oder ob er sich den Vorwurf Kött gen's [1], nämlich einer allzu stark unifizierenden Beamtengesetzgebung fallen lassen muß, bleibt noch zu untersuchen. Keinesfalls darf man abe bei derartigen Prüfungen Gründe dafür suchen, ob etwa die staatliche Bes dungsgesetzgebung für Gemeindebeamte unbedingt notwendig ist, im öff lichen Interesse liegt usw.[2], denn derartige Argumente sollen den Entzu

---

9) So § 208 eines Referentenentwufs des Landesbeamtengesetzes für BadWürtt. 1958; gegenteiliger Ansicht aber wieder LBGE 1961, § 230

1) KomHdb. I (1956), S. 207

2) So aber teilweise VerfGH NRW vom 4.2.1956, OVGE 10, 282 ff; BadWürttS vom 1.6.1957, BadWürttVBl. 57, 138 ff; aber auch H.D. Böckenförde, Bin dungen, S. 157 ff

angeblicher gemeindlicher Rechte rechtfertigen, die diesen nach der Struktur des Art. 28 II GG gar nicht zustehen. Entscheidend ist allein, ob die Regelung sachgerecht ist oder den gemeindlichen Bedürfnissen widerspricht. Die Frage ist also genau umgekehrt dahin zu stellen, ob es um der Effektivität des Art. 28 II GG und einer geordneten Aufgabenerfüllung willen notwendig ist, daß der Staat für die Gemeinden eine Sonderregelung trifft oder zuläßt [3], ob etwa eine unterschiedliche Behandlung von Staats- und Gemeindebeamten am Platze ist. Es wird sofort darzulegen sein, daß die eigentliche crux des gemeindlichen Besoldungsrechts nicht so sehr in der Angleichung, als vielmehr in der Frage der sog. Stellen- oder Dienstpostenbewertung liegt. Dabei geht es aber um administrative Befugnisse, um die Anwendung der Besoldungsregelung auf den Einzelfall.

2) Bezüglich der administrativen Elemente der Personalhoheit gelten die früher allgemein getroffenen Feststellungen: Der Gemeinde stehen sämtliche Direktionsrechte gegenüber ihrem Personalkörper zu, mögen diese nun innerdienstliche Weisungen oder Verwaltungsakte darstellen; für die arbeitsrechtlichen Direktionsrechte hinsichtlich der gemeindlichen Arbeiter und Angestellten gilt entsprechendes. Von ihrer Handhabung hängt in beiden Fällen entscheidend der Gang der Verwaltung und die Eigenverantwortung der Gemeinde ab. Aus der selbständigen Stellung der gemeindlichen Organwalter ergeben sich Sonderprobleme, die gesteigerte Beachtung verdienen.

a) Eine einfache Lösung der umstrittenen Besoldungsfrage ließe sich finden, wenn die Anwendung der staatlichen Besoldungsvorschriften lediglich ein technisches Problem zu lösen hätte. Wenn sich nämlich einerseits der Amtsinhalt einer jeden Stelle allgemein und absolut festlegen ließe und andererseits die bei Gemeinde und Staat vorkommenden Geschäfte im wesentlichen übereinstimmen würden, käme es nur darauf an, für den Inhaber eines bestimmten Aufgabenkomplexes eine einheitliche Besoldung festzusetzen.

Nimmt man zunächst diesen Idealzustand an, so hat der Staat für jede seiner Beamten- und Besoldungsgruppen neben der Besoldungshöhe eine allgemeine Umschreibung der Tätigkeitsmerkmale zu treffen, deren Wahrnehmung er im Einzelfall entlohnen will. Wenn die Gemeinde dann ihre Dienstkräfte anhand dieser Merkmale in die staatlichen Besoldungsgruppen einreiht, muß jede Stelle, die sie schafft, einer staatlichen inhaltlich entsprechen[4]. Ein

---

3) Zur genaueren Abklärung dieser Voraussetzungen vgl. unten § 10 B III

4) Damit ist von vornherein die Möglichkeit ausgeschlossen, etwa bei Neubildung

Grundanliegen der gemeindlichen Eigenverantwortung ist dann gewahrt. Die Gemeinde kann die bei ihr vorkommenden Geschäfte nach ihrem Belieben und so, wie sie es auf Grund ihres Organisations- und Geschäftsverteilungsplans für zweckmäßig hält, zu Dienstposten und damit auch Abteilungen, Dezernaten usw. zusammenfügen.

Ein Eingriff in die Personalhoheit liegt - verneint man zunächst unkritisch, daß eine unterschiedliche Besoldungsregelung für die staatlichen und gemeindlichen Dienstkräfte unter dem vorausgesetzten Idealzustand erforderlich ist[5] - erst dann vor, wenn der Staat die Stellenbewertung im Einzelfall beeinflußt. Dies ist auf verschiedene Arten möglich. Er kann die Bewertung selbst vornehmen; damit blockiert er über die Dienstpostenbewertung weitgehend die eigenständige Aufgabenverteilung und damit Eigenverantwortung in der Gemeinde. Er kann für bestimmte Gemeindegrößen nur gewisse Besoldungsgruppen zulassen[6] und damit möglicherweise erzwingen, daß die Gemeinde statt einer zweckmäßigen Oberinspektorsstelle zwei Inspektorstellen einrichten und beide dann mit nichthoheitlichen Aufgaben auffüllen muß. Dies läuft dem Sinn des Art. 33 IV GG und einer straff geführten und billigen Verwaltung zuwider. Ähnliche Wirkungen kann die Bindung an einen sog. Stellenkegel hervorrufen. An sich wäre dagegen nichts einzuwenden, gäbe es einen absoluten Stellenkegel. Randel[7] betont jedoch zu Recht, daß dies nicht der Fall ist; er ist lediglich das zahlen- und wertmäßige Ergebnis einer bestehenden Behörden- und Ämtergliederung innerhalb eines bestimmten Verwaltungszweiges. Folglich nimmt man mit der "Schimäre" eines absoluten Stellenkegels einen Einfluß auf die Geschäftsverteilung und Verwaltungsgliederung der Gemeinde, der eine Anpassung an die örtlichen Verhältnisse zumindest erheblich erschweren kann. Eine noch

---

von Stellen aus bereits vorhandenen gewisse Tätigkeitsmerkmale unter Beibehaltung von deren Einstufung herauszunehmen und durch Maßnahmen der Stellenbewertung und Geschäftsverteilung die Besoldungsregelung zu umgehen. Vgl. dazu OVG Münster vom 13.7.1958, ZBR 58, 108

5) Vgl. dazu genauer unten § 20 II

6) Vgl. Erlaß des I.M. BadWürtt vom 23.5.1958, GABl. S.185. Dieser Erlaß ist allerdings für die Gemeinden nicht unmittelbar verbindlich, sondern soll Anhaltspunkte für die Aufsichtsbehörden geben. Hätte der Landtag die entsprechende Ermächtigung nicht verweigert, so wäre daraus eine RVO geworden: vgl. G. Müller, ZBR 58, 97

7) ZBR 59, 273; vgl. auch den Hinweis von Anz, ZBR 58, 263 auf die unabdingbare Bewegungsfreiheit der Verwaltung, die "den Stellenverteilungsplan mit den jeweils auftauchenden personellen und organisatorischen Bedürfnissen in Einklang halten" können muß.

einschneidendere Maßnahme ist selbstverständlich die Genehmigungspflicht für den gesamten Stellenplan[8] oder das Recht des Staates, ihn notfalls selbst festzusetzen[9].

Das Ergebnis des vorausgesetzten Idealzustandes ist also: Besoldungsregelung und Aufstellen der allgemeinen Merkmale einer jeden Besoldungsgruppe kann der Staat sich vorbehalten. Zusammenstellung der Dienstposten auf Grund des Geschäftsverteilungsplanes und ihre Bewertung anhand der aufgestellten Merkmale ist Sache der Gemeinde. Ob die gemeindliche Bewertung im Einzelfall den Merkmalen entspricht, ist eine Rechtsfrage, die im Streitfall die Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben[1]. Dieses System ist zwar nicht so einfach, wie die geschilderten staatlichen Einflußnahmen, aber SV war noch nie eine bequeme Verwaltung.

Sicher stimmen die Voraussetzungen des Idealzustandes nicht völlig; doch ändert dies nichts daran, daß jede Regelung sich auf ihn hin auszurichten hat. Herkömmlich werden drei Gruppen von Kommunalbeamten unterschieden[2]: Die unmittelbar mit den Landesbeamten vergleichbaren, die mit den Landesbeamten gleich zu bewertenden und die nicht mit den Landesbeamten gleich zu bewertenden. Darin spiegelt sich die Verschiedenartigkeit der bei Gemeinde und Staat vorkommenden Tätigkeiten und Dienstposten. Berücksichtigt man bei der Stellenbewertung nicht bestimmte Einzelaufgaben, sondern allgemein Art und Umfang des Aufgabenkreises (leitende, beaufsichtigende, vorbereitende oder ausführende Tätigkeit), Vorbildung, Ausbildung oder Erfahrungen, die zur Ausübung der Tätigkeit erforderlich sind, allgemeine Bedeutung des Dienstpostens usw. [3], so lassen sich für alle drei Gruppen genügend Anhaltspunkte finden, um eine dem Interesse beider Seiten gerecht werdende Einordnung zu gewährleisten.

Je weniger vergleichbar der einzelne gemeindliche Dienstposten mit den staatlichen Beamtenstellen ist, desto größer ist der Spielraum der Gemeinde bei der Bewertung. Wenn aber wirklich die Wahrnehmung örtlicher Be-

---

1) So RhPf, vgl. Ruppert, Das Recht im Amt, 59, 133 ff

2) So § 63 SaarlGemO; vgl. dazu Thieme, DVBl. 58, 261 ff

3) OVG Münster vom 13.11.1957, ZBR 58, 108; OVG Lüneburg vom 24.4.1958, ZBR 58, 205. Sind die Merkmale genügend deutlich, so lassen sich die von G. Müller (ZBR 58, 97, 99) erhobenen Befürchtungen für die Rechtssicherheit bei langdauernden Rechtsstreiten vermeiden.

8) Bauer, ZBR 58, 86

9) Vgl. weiter Lange, Die Bewertung der Dienstposten, Teil I (1960); VG Darmstadt vom 25.2.1960, ZBR 61, 20

lange in die Ortsstufe verlagert werden soll, so kann man dieses Ergebnis nur begrüßen; es wird die überörtliche Beamtenbesoldung nicht präjudizie ren. An dieser Stelle kann nicht der Feststellung der Grenzen staatlicher Eingriffe in das SVsrecht vorgegriffen werden. Doch muß es vorneweg als bedenklich erscheinen, die Schwierigkeiten bei der Aufstellung allgemei ner Merkmale und die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Einrodnung wie de Hessische Gesetzgeber aus dem Weg zu räumen. Er nimmt die Bewertung im Landesbesoldungsgesetz selbst vor[4]. Er ordnet etwa den Direktor des Zoologischen Gartens der Stadt Frankfurt in A 14 ein und nimmt eine Ge setzesänderung in Kauf, wenn dieser Beamte nach A 15 (155.-- DM mo natlich mehr) befördert werden soll. Entsprechendes gilt für die Einordnu der "Stenografen der Stadt Frankfurt" in A 10 usw. Durch solche Maßnah men werden Entscheidungen aus dem kommunalen Raum heraus verlagert die an den Nerv der SV rühren. Durch eine zu niedrige Einstufung kann möglicherweise der richtige Mann nicht gefunden werden. Eine zu hohe Bewertung zwingt die Gemeinden - sollen nicht Ungleichheiten und fina zielle Einbußen auftreten - entweder zur Verlagerung ihrer Tätigkeit au ein Gebiet, das sie gar nicht so bedeutsam erachten, oder zur abträglic Auffüllung des betreffenden Dienstpostens mit sachfremden Geschäften. Selbst wenn die Einstufung vorübergehend sachgerecht ist, bedeutet sie e Bevormundung der Gemeinde, deren sachliche und organisatorische Bewe gungsfreiheit eingeengt wird. Daß sie bei jeder Änderung die umständlic staatliche Gesetzesmaschinerie in Anspruch nehmen muß, trägt ein übrig dazu bei.

Diese Probleme entstehen für Angestellte und Arbeiter nicht. Hier hat di Gemeinde wie jeder private Unternehmer Teil an der allgemeinen Tari heit[5] und dem Recht, durch Vertrag die Entlohnung zu vereinbaren.

b) Der Gemeinde stehen ferner als Elemente der Personalhoheit sämtlich Direktionsrechte zu, die sich aus dem Arbeitsvertrag oder der beamtenre lichen Dienstherrnfähigkeit ergeben. Das bedeutet insbesondere: Stellenausschreibung, Wahl, Ernennung, Ein- und Anstellung. Diese sin für die Beamten teilweise beschränkt durch Genehmigungs- und Bestätigu vorbehalte, Formerfordernisse, Laufbahnbestimmungen, Einstellungsbe schränkungen, Mitbestimmungs- oder sogar Entscheidungsrechte des Pers nalrats bzw. einer Einigungsstelle, den Funktionsvorbehalt von Art. 33 IV usw.

---

4) LBesG vom 21.12.1957, GVBl. S. 177 und Gesetz über die Bezüge der Wahlb ten der Gemeinden und Landkreise vom 29.10.1953, GVBl. S. 172, i.d.F. v 20.11.1957, GVBl. S. 174

5) Köttgen, KomHdb. I, (1956), S. 209; vgl. etwa den Bundesangestelltentarif

Alle sonstigen beamtenrechtlichen Entscheidungen auf Grund der Beamtengesetze oder der allgemeinen Verwaltungshoheit wie Beförderung, Abordnung, Entlassung usw. Entsprechendes gilt für Angestellte und Arbeiter.

Wahrnehmung der disziplinarrechtlichen Befugnisse auf Grund der Disziplinarordnungen, soweit nicht auf Grund des staatlichen Justizmonopols[6] ein förmliches, gerichtliches Dienststrafverfahren stattfindet.

c) Nur ein Teil dieser Befugnisse wird akut bei den Ratsmitgliedern, sofern diesen eine parlaments- und keine beamtenrechtliche Position zugewiesen ist. Ihre Beziehungen zur Gemeinde werden dann lediglich durch das Organwalterverhältnis bestimmt; es fehlt an dem unterliegenden Dienstverhältnis. Die disziplinarrechtlichen Befugnisse werden aber auf jeden Fall auch bei ihnen voll bedeutsam.

C. Die Finanzhoheit im Zusammenhang mit Organisations- und Personalheit:

Die gemeindliche Finanzhoheit, d.h. die Aufbringung der für die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben erforderlichen Finanzmittel (Einnahmehoheit) und die Bewirtschaftung dieser Mittel (Ausgabenhoheit), ist nicht nur eine unabdingbare Voraussetzung für die Eigenständigkeit in der Organisations- und Personalhoheit, sondern der Dreh- und Angelpunkt der SV überhaupt. Eine SV ohne Geld und selbständige Finanzwirtschaft bricht zusammen; wer über die Höhe und die Verwendung der finanziellen Mittel entscheidet, ist der eigentliche Herr der gemeindlichen Entschlüsse. Trotzdem muß hier die Aussage über die gemeindliche Finanzhoheit auf wenige Feststellungen beschränkt werden, denn einmal sind wesentliche Probleme weniger rechtstheoretischer als vielmehr rechtspolitischer Natur und zum andern würde ihre Erörterung über das Thema der Arbei hinausführen[7].

Zwar bedingt die Garantie des Art. 28 II GG zwingend die Sicherstellung der notwendigen Finanzmittel; sie sagt aber nichts darüber aus, wie dieser Forderung nachzukommen ist. Da die finanziellen Möglichkeiten immer geringer sein werden als die Anforderungen, ist es unmöglich, die Höhe

---

trag (BAT) vom 23.2.1961, in Kraft seit 1.4.1961, GemMinBl. Bonn 1961, S. 138

6) Gönnenwein, Jellinekgedächtnisschrift, S. 529; Ipsen, DÖV 55, 229; Görg, KomHdb. II, (1957), S. 90

7) Vgl. zu diesen Problemen umfassend KomHdb. III (1959), insbes. Sattler, S. 1 ff

der gemeindlichen Bedürfnisse festzulegen und darnach feststellen zu wollen, wann infolge von übermäßigen Eingriffen in diesen absoluten Finanzbedarf eine Verletzung der SVsgarantie vorliegt. Diese Erkenntnis ist nicht zu umgehen und daran scheitert jeder Versuch einer Inhaltsbestimmung der Einnahmehoheit[8]. Damit wird der Staat weitgehend zum Schiedsrichter über die gemeindlichen Bedürfnisse und Tätigkeiten, also auch im Bereich des Organisations- und Personalwesens. Durch den Ausbau eines Zuschußsystems nach Ermessen kann er starken Einfluß auf die Gemeinden ausüben, ohne daß dem - solange kein Mißbrauch getrieben wird - durch Art. 28 II GG eine greifbare Grenze gesetzt wäre.

Um die Gemeinden nicht völlig dem Belieben der Länder auszusetzen, die den Gemeinden allerdings durch die satzungsrechtlichen Generalklauseln ein gewisses "Steuererfindungsrecht[1]" zugestanden haben, sah sich der Bund gezwungen, durch Änderungen des GG die Finanzlage der Gemeinden zu verbessern und ihnen das Aufkommen der Realsteuern zu garantieren[2]. Wie relativ jedoch auch diese Garantie ist, ergibt sich aus der Befugnis des Bundes, nach Art. 105 II Satz 3 GG durch Festsetzung höherer Grenzen bei der Gewerbesteuer und niedrigerer Einheitswerte bei der Grundsteuer das tatsächliche Steueraufkommen der Gemeinden zu beeinträchtigen.

---

8) Dies beweist die vage Formulierung des BadWürttStGH vom 2. 6. 1956, BadWürttVBl. 56, 168 (169): den Gemeinden müßten "genügend Mittel zu kraftvoller Betätigung bleiben", die Grenze für den Gesetzgeber sei die finanzielle Aushöhlung.

9) Günther, Gillessen, FAZ v. 14. 1. 1961 Nr. 11, Hessen als sozialistisches Musterland: ... "Vor ein paar Jahren wurde gegen heftige Opposition im Landtag das Pflichtdrittel abgeschafft, mit dem sich der Staat an jedem Schulneubau beteiligte. Seitdem gibt es nur Zuschüsse nach Ermessen, viel höhere Zuschüsse, bis zu 80 % - aber nur da, wo die Regierung will ... Aber die Selbstverwaltung kam dabei zu kurz. Man sucht beim Gemeindefinanzausgleich die nach festem Schlüssel zu verteilenden Beträge möglichst zu verkleinern, um dafür größere Fonds für Zuschüsse nach Ermessen zu bilden. Diese Zuschüsse werden an Bedingungen geknüpft. Mit dem fortentwickelten Zuschußsystem kann man die Selbstverwaltung weitgehend steuern - sogar Wahlergebnisse präjudizieren, je mehr nämlich in den Dörfern gemunkelt wird, ein sozialistischer Landrat könne mehr Zuschüsse aus Wiesbaden beschaffen als ein anderer ..."

1) Sattler, KomHdb. III (1959), S. 25; § 4 BadWürttGemO

2) Gesetze vom 23. 12. 1955, BGBl. I, S. 817 u. v. 24. 12. 1956, BGBl. I, S. 107 Art. 106 GG

Für die Bewirtschaftung der einmal vorhandenen Mittel und des Eigenvermögens bleibt aus der Sicht der vorliegenden Arbeit nochmals zu betonen, daß der Staat grundsätzlich über die Genehmigungspflicht des Haushaltsplans die gemeindliche Organisations- und Personalhoheit nicht beeinflussen darf. Bestimmungen wie § 63 SaarlGemO, der der Aufsichtsbehörde sogar das Recht gibt, notfalls einen Teil des Haushaltsplans, den Stellenplan selbst festzusetzen, müssen deshalb kritisch betrachtet werden. Denn auch die Zahl und Art der bewilligten Stellen stehen in einem unlösbaren Zusammenhang mit der Erfüllung der Sachaufgaben.

10 Der Eingriff in die Organisations- und Personalhoheit.

A. Wann liegt ein Eingriff vor ?

Die Prüfung der Rechtsmäßigkeit einer staatlichen Regelung, die diese korporativen Aufgaben der Gemeinden betrifft, setzt die Feststellung eines Eingriffs in die dargestellten Rechte voraus. Die zweite Frage ist dann, ob der Eingriff auf Grund von Art. 28 II GG gerechtfertigt werden kann.

Nach den bisherigen Ergebnissen liegt ein Eingriff jedenfalls dann vor, wenn eines der administrativen Elemente betroffen wird. Nicht so selbstverständlich ist dies dann, wenn der Gesetzgeber sich die normativen Regelungen selbst vorbehält. Da die Gemeinden insoweit in erster Linie ein Recht auf eine sachgerechte Gesetzgebung haben, kann von einem "Eingriff" streng genommen erst gesprochen werden, wenn festgestellt ist, daß keine sachgerechte Regelung vorliegt. Bei einer gerichtlichen Nachprüfung müßte damit die Erörterung von Zulässigkeit und Begründetheit der Klage zusammenfallen. Dieses Problem tritt auch bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage im Verwaltungsprozeß auf[3]. Die Lösung kann hier nicht anders sein. Für die Zulässigkeit einer gemeindlichen Klage genügt die begründete Behauptung, daß eine staatliche Regelung die Gemeinde in ihren Rechten aus Art. 28 II GG verletze. Damit wird die eigentlich strittige Frage zu einem Problem der Begründetheit.

B. Die Bedingungen der Rechtmäßigkeit staatlicher Eingriffe.

Die Rechtmäßigkeit staatlicher Regelungen, die diese korporativen Rechte betreffen, muß - insbesondere nach den Ergebnissen der Rechtsprechung - unter Beachtung folgender Gesichtspunkte beurteilt werden:

---

3) Vgl. zuletzt etwa BVerwGE vom 5. 5. 1959, Bd. 8, 283 ff

I. Die formellen Voraussetzungen:
Unbestritten darf ein Eingriff nur durch staatliches Gesetz erfolgen. Weder das BVerfG [4] noch das BVerwG[5] hatten jedoch Gelegenheit, zu der Sonderfrage Stellung zu nehmen, ob unter der Vorbehaltsklausel des Art. 28 GG "im Rahmen der Gesetze" nur Gesetze im formellen und materiellen Sinn zu verstehen sind, oder ob eine gesetzliche Einschränkung auch durch Rechtsverordnungen auf Grund gesetzlicher Ermächtigung möglich ist. Das Problem ist mit dem OVG Münster[6] im letzteren Sinn zu entscheiden.

II. Die materiellen Voraussetzungen des Eingriffs bei den administrativen Befugnissen:

1) Die Gerichte knüpfen bei der Suche und Prüfung von sachlichen Voraussetzungen und Grenzen eines Eingriffs oft an die Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich zu Art. 127 WRV an[7]: "Art. 127 WRV bedeutet kein bloßes Programm ohne rechtlichen Inhalt. Er setzt vielmehr bindend fest, daß den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung zustehe. Die Landesgesetzgebung darf daher dieses Recht nicht aufheben und die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten nicht den Staatsbehörden übertragen. Sie darf die Selbstverwaltung auch nicht derart einschränken, daß sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führen kann ...".

Diese Entscheidung hatte durch die Ablehnung entgegen der Ansicht von Anschütz[8], der Art. 127 WRV als "materiell inhaltslos" bezeichnete, jede Bedeutung. Mit einer derart weiten und unbestimmten Formulierung könnten jedoch nur gröbste Eingriffe in das SVsrecht und damit die korporativen Aufgaben verhindert werden. Für die Entscheidung von Einzelfragen ist kaum ein brauchbares Kriterium gefunden[9]. Gerade durch die Häufung von Maßnahmen, die einzeln tragbar wären, kann aber das SVsrecht ausgehöhlt werden, ohne daß man zu sagen vermöchte, wann und durch welche Regelung

---

4) E. v. 20. 3. 1952, Bd. I, 167 ff 5) E. v. 22. 7. 1957, Bd. 6, 19 ff

6) E. v. 8. 8. 1956, DÖV 56, 697 (698); vgl. auch die Kritik von Maunz-Dürig, Art. 17a Rdnr. 25, Anm. 5, an der Nachlässigkeit des GG bei der Formulierung von Gesetzesvorbehalten und der Unterscheidung "durch Gesetz" und "auf Grund eines Gesetzes".

7) Vom 10./11. 12. 1929, RGZ, Bd. 126, Anh. S. 14 (22) - Lammers-Simons, Bd. II, S. 99 (107)

8) Die Verfassung des Deutschen Reichs, S. 334

9) Köttgen, Gemeinde, S. 45 bezeichnet es als "eine Binsenwahrheit ohne praktische Bedeutung", daß "der Gesetzgeber die Selbstverwaltung nicht manifest

diese Grenze erreicht wurde[1]. Außerdem ist kein Schutz geboten gegen Einschränkungen, die diesen Kernbestand des SVsrechts zwar nicht antasten, aber auch nicht zwingend geboten sind. Das würde aber Art. 28 II GG widersprechen, der eine Verantwortung der Ortsinstanz in größtmöglichen Umfang zum Ziele hat. Eine praktisch brauchbare und wirkungsvolle Lösung muß deshalb neben der Umschreibung des Wesensgehalts der SV, der gegen jeden staatlichen Eingriff geschützt ist, eine Handhabe bieten, u.U. auch Einzelbeschränkungen zu verhindern.

2) Das BVerfG[2] hält staatliche Eingriffe nur für zulässig, wenn ein Notstand sie rechtfertigt (Notwendigkeit des Eingriffs) und sie sich auf das zeitlich und sachlich Notwendige beschränken (Ausmaß des Eingriffs); in keinem Fall darf jedoch ein einzelner oder eine Gesamtheit von Eingriffen den Wesensgehalt des SVsrechtes verletzen.

a) Unschwer wird deutlich, daß das BVerfG mit der Notstandsklausel zunächst dasselbe Ziel verfolgt, wie der BGH[3], wenn dieser einen Eingriff in die Grundrechte nur für zulässig hält, "wenn und soweit übergeordnete Rechtsgründe ihn zwingend erfordern, nicht aber schon dann, wenn politische Wünschbarkeiten ihn vertretbar oder wünschbar erscheinen lassen mögen[4]". Wollte man allerdings mit der Formulierung des BVerfG Ernst

---

kassieren darf".

) Ähnlich Gilsdorf, BadWürttVBl. 59, 177 (178)

) E. v. 20.3.1952, Bd. 1, 167 (178). Die Schlüsse, die Görg (KomHdb II (1957), S. 59) aus dieser Entscheidung gegen ein Satzungsrecht der Gemeinden auf dem Gebiet der Personalhoheit zieht, sind nicht zwingend. Das Gericht hatte nur die Beschneidung administrativer Befugnisse, der Einstellungsbeschränkungen, zu prüfen und enthielt sich jeglichen obiter dictums. Es muß deshalb auch besonders untersucht werden, ob und inwieweit die Ergebnisse dieser Entscheidung auch auf dem Gebiet der normativen Elemente der korporativen Aufgaben anwendbar sind (vgl. unten III).

) E. v. 17.10.1955, DÖV 55, 729 ff; vgl. auch BGHSt, Bd. 10, S. 350; BGHZ, Bd. 22, 175, Bd. 26, 45

) Mit diesem Hinweis befürwortet man nicht mittelbar die abgelehnte Thesevom Grundrechtscharakter der SVsgarantie, denn die hier auftauchenden Probleme sind denen des Art. 19 II GG gleichartig, da "eine Einrichtungsgewährleistung (institutionelle Garantie) in vieler Hinsicht eine ähnliche Wirkung entfaltet, wie die Garantie des Wesensgehalts bei Grundrechten": Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 32. Der Streit, ob der BGH sich mit diesen Eingriffsvoraussetzungen begnügt und bei ihrer Bejahung auch einen Eingriff in den Wesensgehalt eines

machen, so wäre ein staatlicher Eingriff nur möglich, wenn überhaupt kei Möglichkeit bestünde, ohne ihn auszukommen. Da dem Gesetzgeber aber immer irgendeine andere Regelung offensteht, wäre kaum mehr ein Eingri denkbar. Das BVerwG[5] hält deshalb mit Recht einen Notstand insoweit sch für gegeben, wenn "bei Abwägung aller Umstände eine Regelung dringlich und nicht mehr aufschiebbar erscheint". Diese Präzisierung ist umso mehr gerechtfertigt, als auch das BVerfG die Notstandsklausel nicht im buchstäb lichen Sinn versteht, da es starke Beschränkungen der Gemeinden bei der Auswahl ihres Personals für zulässig erachtet.

b) Auch für das Ausmaß des Eingriffs hat das BVerwG (aaO) eine Umschrei bung der Forderung des BVerfG gegeben. Eine staatliche Regelung beschrä sich auf das sachlich und zeitlich Notwendige, wenn sie "das für einen be stimmten Zeitraum bei verständiger Abwägung der Umstände sachlich Ge botene nicht überschreitet".

Durch diese vage Formulierung wird man allerdings nicht der Pflicht entho ben, den Widerstreit örtlicher und staatlicher Interessen sorgfältig abzuwa gen. Dabei können die dargestellten Ziele der SV, ihr Sinn und ihr Wert und die Stellung der Gemeinde im Staat nützliche Anhaltspunkte geben[6] Die Gemeinde hat die Aufgaben des engeren Lebensraumes in eigener Ver antwortung unter Beachtung der überörtlichen Interessen und unter Anerke nung einer nicht unbedingt übelwollenden und egoistischen Hilfestellung d Staates[7] zu erfüllen. Sie ist ein rechtlich selbständiger, aber inkorporier ter Bestandteil des Staates und hat nicht die Stellung eines grundrechtlich von ihm separierten Kollektivindividuums.

Speziell für den Bereich der korporativen Aufgaben sollte man nicht die warnenden Worte von H. Peters[8] vergessen, die auch heute noch Gültigke haben. Er betont, daß das Verhältnis von Staat und Gemeinden sich stets in einer Gleichgewichtslage gegenseitiger Machtfülle befinden müsse und

---

Grundrechts für möglich hält, steht hier nicht zur Debatte; gegen eine solche Annahme wendet sich Denninger, DÖV 60, 812 ff

5) E. v. 22. 11. 1957, Bd. 6, 19 (24) 6) Vgl. oben § 2, I und II

7) Es ist interessant, wenn Gion Mohr, Veröffentlichungen der schweizerischen Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Bd. 6 (1946), S. 44 be richtet, daß von den 220 Graubündner Gemeinden 40 armengenössig geworde seien, da dem Kanton keinerlei Handhaben zustanden, einer gemeindlichen Mißwirtschaft rechtzeitig zu steuern.

8) Grenzen, S. 215

daß eine Stärkung der Macht auf der einen Seite dasselbe auf der anderen erforderlich mache. Einer Erweiterung der SV hinsichtlich der sachlichen Betätigung der Gemeinden müsse eine schärfere Handhabung der Aufsicht nach der persönlichen Seite entsprechen. Dieser Satz läßt sich auch umkehren und gilt für alle korporativen Aufgaben als Mittel zur Erledigung der sachlichen Angelegenheiten. Wenn man die Grenzen des staatlichen Einflusses bei den korporativen Rechten zu eng zieht, wird sich der Staat zunächst über deren offensichtlich wunden Punkt, die Einnahmehoheit, entscheidenden Einfluß sichern. Außerdem wird er sich ein starkes sachliches Weisungsrecht vorbehalten, um die Gemeinde nicht zu einem Staat im Staate werden zu lassen. Die Auswahlhoheit etwa wird dann auf einem weit weniger rechtlich greifbaren Weg um ihren Wert gebracht, denn wenn der gemeindliche Personalkörper an staatliche Weisungen gebunden wird, wird es immer weniger bedeutsam, wer ihn auswählen darf. Wie stark der Gesetzgeber diesen Weg schon beschritten hat, hebt Köttgen[9)] hervor. Die eigentliche Quelle der Beeinträchtigungen des örtlichen Selbstbestimmungsrechts seien heute nicht mehr die kompetenznegierenden, sondern die kompetenzregulierenden Gesetze. Die großzügige Auslegung der staatlichen Kostendeckungspflicht[1)] ist allgemein bekannt.

c) Die absoluten Grenzen festzustellen, die dem Staat bei Eingriffen in diese korporativen Rechte auch dann gesetzt sind, wenn die bisherigen Voraussetzungen bejaht werden müssen, hat das BVerwG[2)] versucht. Es legt dabei das Argument zu Grunde, von dem es auch in seinen Urteilen zu Art. 19 II GG[3)] ausgeht: "Ob ein Eingriff in den Kern des Selbstverwaltungsrechts vorliegt, ... ist darnach zu bestimmen, was von dem Recht der Selbstverwaltung nach dem Eingriff noch übrigbleibt."

Dieser Satz ist sicher richtig, sagt aber nichts drüber aus, worin nun der Wesensgehalt, jene absolute Größe bestehen soll, an der der übriggebliebene Rest gemessen werden könnte. Die korporativen Rechte wurden bereits als unverzichtbare Elemente der SVsgarantie erkannt. Die Aussage über ihre

---

Gemeinde, S. 40; vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 19 III, Rdnr. 38, S. 21 Anm. 2 Art. 106 VII GG; Art. 71 III BadWürttVerf.

E. v. 22. 11. 1957, Bd. 6, 19 ff

Bd. 1, 266 (273); Bd. 2, 295 (300) usw. Seine These, daß evtl. auch ein Eingriff in den Wesensgehalt des Grundrechts gerechtfertigt werden könne, würde vom BVerfGE v. 11. 6. 1958, Bd. 7, 372 mit einem lapidaren Satz als "gegenstandslos" bezeichnet; entsprechendes gilt für Art. 28 GG.

Einschränkbarkeit darf sich ebensowenig wie bei den Grundrechten mit Fo meln begnügen, die zum Zwecke der Verdeutlichung immer wieder ge- braucht werden und nichts anderes als "Wortvertauschungen[4]" darstellen Es bedarf vielmehr einer sorgfältigen Untersuchung des materiellen Gehal eines jeden der aus den korporativen Aufgaben fließenden Einzelrechtes; diese kann schlechterdings nicht allgemein vorgenommen werden, wenn auch die eben dargestellten Gesichtspunkte nützliche Hinweise geben kön nen.

Demnach darf also nicht etwa nach dem "Kern der Personalhoheit" gefra werden, sondern muß bei jedem Einzelrecht untersucht werden, inwiewe die staatlichen Einflüsse insgesamt noch tragbar sind. Das BVerfG[5] hat diesen Weg bei der Untersuchung der staatlichen Einstellungsbeschränkun erfolgreich beschritten und sich nicht auf den Hinweis zurückgezogen, da die Gemeinde noch genügend andere Rechte gegenüber dem Personalkör habe. Es hat die damals bestehenden Einstellungsbeschränkungen als "bi die Grenze des noch Zulässigen vorgetrieben" bezeichnet [6].

Auch bei der Prüfung der Summe der Beschränkungen von Einzelrechten man aber nicht nach einer rein rechnerischen Subtraktionsmethode vorg Das verbliebene Recht muß in seiner "tatsächlichen Tragweite[7]" für sich selbst und auch in seinem Gewicht im Verhältnis zu den anderen Einzelr ten gewürdigt werden. Es kann also nicht in erster Linie nur auf die Men

---

4) Schüle, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, S. 52 bemängelt Formulie- rungen wie, es komme auf die Substanz, den Kern, den Essentialgehalt an, oder: Art. 19 II GG verbiete, das Grundrecht zu einem Torso, zur leeren Form, zum nudum jus zu machen, es auszuhöhlen usw.; für Art. 28 II GG ähnlich Köttgen, Gemeinde, S. 45.

5) E. v. 20.3.1952, Bd. 1, 167 ff

6) Es handelte sich um folgende Einstellungspflichten auf Grund von: Gesetz zu Art. 131 GG i.d.F. v. 11.9.1957, BGBl. I, S. 1297; Schwerbeschädig gesetz i.d.F. v. 16.3.1953, BGBl. I, S. 389; Heimkehrergesetz v. 19.6.19 BGBl. I, S. 221 i.d. F. v. 17.8.1953, BGBl. I, S. 931; Wiedergutmachung gesetz i.d.F. v. 10.10.1957, BGBl. I, S. 1703. Man müßte also die neuen chen Beschränkungen durch § 10 des Soldatenversorgungsgesetzes v. 26.7.1 BGBl. I, S. 785 als verfassungswidrig bezeichnen, wollte man nicht berücks tigen, daß die übrigen Einstellungspflichten nach Unterbringung der anderen Gruppen wenn nicht völlig beseitigt, so doch gemildert sein werden, wenn mal die Pflichten aus dem Soldatenversorgungsgesetz akut werden.

7) Schüle, aaO, S. 52

der übriggebliebenen Rechte ankommen, sondern auf ihre tatsächliche Wirkungskraft, auf ihre Bedeutung für das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinde.

d) Diese praktikablen, im Interesse von Staat und Gemeinden getroffenen Grenzziehungen verwarf das BVerfG der Sache nach in seiner Entscheidung zum Bremer Personalvertretungsgesetz[8]. Es ging u.a. darum, ob die definitiven Entscheidungsbefugnisse der auch "bei der Stadtgemeinde Bremerhaven zu bildenden Einigungsstelle" in personellen Angelegenheiten der Beamten, Angestellten und Arbeiter die Personalhoheit dieser Gemeinde verletzen. Das Gericht anerkennt zwar, daß das reibungslose Funktionieren der Verwaltung auch von der Befähigung und Zuverlässigkeit der nichtbeamteten Dienstkräfte abhänge. Die Tätigkeit der Angestellten und Arbeiter habe aber regelmäßig ein geringeres politisches Gewicht, als die der Beamten, denn gemäß Art. 33 IV GG sei in der Regel die dauernde Ausübung hoheitlicher Befugnisse Beamten und nicht Angestellten und Arbeitern zu übertragen. Wenn die Regierung bei letzteren an personalpolitische Entscheidungen der Einigungsstelle gebunden sei, so werde dadurch ihre Entscheidungsfreiheit und Verantwortlichkeit nicht so erheblich beeinträchtigt, daß ein Verstoß gegen das Prinzip des demokratischen Rechtsstaates festgestellt werden müßte. Diese Begründung übernahm das Gericht stillschweigend für die Beurteilung des Eingriffs in die Personalhoheit der Gemeinde Bremerhaven. Es wird nicht geprüft, ob der Eingriff dringlich und nicht aufschiebbar ist, ob sich die Regelung auf das sachlich Notwendige beschränkt usw.[9]. Das Gericht setzt hier die Grenzen, die dem Gesetzgeber gegenüber den Rechten der Exekutive unter dem Gesichtspunkt des demokratischen Rechtsstaates gesetzt sind, mit den Grenzen der kommunalen SV gleich. Die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde und die der staatlichen Exekutive sind aber auch hier bestenfalls vergleichbar, nicht aber identisch. Das BVerfG hätte es unter Beachtung der früher aufgestellten Grundsätze sicher für unzulässig gehalten, wenn der Staat selbst sich auch nur ein Mit-

---

8) Personalvertretungsgesetzurteil v. 27.4.59, Bd. 9, 268 (284, 289)

9) Mit Recht bezweifelt Grabendorff, ZBR 59, 172 ob eine derartige Entscheidungsbefugnis einer niemand verantwortlichen Einigungsstelle auch nur wünschbar ist. H. Schneider, ZBR 57, 240 meint, es bedeute den Anfang der Auflösung jeder sinnvollen Ordnung, wenn "das private Gutdünken des Vorsitzenden der Einigungsstelle das amtliche Interesse des für den ordnungsgemäßen Gang der Verwaltung verantwortlichen Ressortchefs oder Behördenleiters ersetzen" soll.

bestimmungsrecht vorbehalten hätte. Vom Standpunkt der Gemeinde aus ist es aber gleichgültig, zu Gunsten wessen ihr Rechte entzogen werden. Da kaum zu vermuten ist, daß das BVerfG stillschweigend eine so schwerwiegende Änderung seiner Rechtsprechung vornehmen wollte, erklärt man die Entscheidung - soweit sie die gemeindlichen Angestellten und Arbeiter betrifft - am besten mit einem Versehen[1].

3) Schließt man sich der dargestellten Bewertung der staatlichen Eingriffe an, so wird doch irgendwann die Frage auftauchen, ob das BVerfG bzw. die Staatsgerichtshöfe der Länder noch in der Lage und damit befugt sind, zu prüfen, ob eine Maßnahme dringlich, zwingend und nicht mehr aufschiebbar erscheint bzw. wann die absolut unantastbare Grenze erreicht ist. Der BGH[2] beurteilt dieses Problem zu Unrecht skeptisch. Das BVerfG[3] hält daran fest, es müsse die Einhaltung der Grenzen, die sich aus der Auslegung eines Grundrechts für den Gesetzgeber ergeben, überwachen können solle seine Befugnis, die Grundrechte zu schützen, nicht wirkungslos bleiben. Mit dieser Aufgabe werde der (Verfassungs-)Richter keineswegs überfordert. Es müsse "die Pflicht zum Schutz der Grundrechte das Gericht daran hindern, die Auffassungen des Gesetzgebers, der legitimerweise auch andere Ziele als die des Grundrechtschutzes verfolgt, ohne weiteres zu akzeptieren und seine Maßnahmen als unvermeidliche Beschränkungen hinzunehmen". Andererseits müßten selbstverständlich bei der Prüfung der zwingenden Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung die Erfahrungen, Erwägungen und Wertungen des Gesetzgebers für das Gericht stets von größter Bedeutung sein.

Dasselbe gilt für die Rechtsprechung zu Art. 28 II GG, denn es handelt sich hier um das allgemeine, wichtige Problem des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Daß die Gerichte sich nicht immer der weisen Selbstbeschränkung des BVerfG befleißigen[4], macht die Hervorhebung dieser bedeutsamen staatsrechtlichen Erkenntnis umso dringender.

---

1) Man wird somit zumindest vom Standpunkt der Personalhoheit der Gemeinde aus gegen das BVerfG nicht nur die Entscheidungsrechte der Einigungsstelle hinsichtlich der Beamten, sondern auch der Angestellten und Arbeiter für verfassungswidrig halten müssen. Diese Stellungnahme trifft auch für die gleichen Rechte der Einigungsstelle nach §§ 60 ff BadWürttPersonalvertretungsgesetz v. 30. 6. 1958, GBl. S. 175 zu.

2) E. v. 17. 10. 1955, DÖV 55, 29 ff

3) E. v. 11. 6. 1958, Bd. 7, 372 (409); dazu Bachof JZ 58, 468 insbes. Ziff. VIII und VerfGH NRW v. 10. 1. 59, DÖV 59, 457

4) Vgl. unten § 16 B 1 Ziff. 2 zum Urteil des BadWürttStGH v. 30. 5. 1959, BadWürttVBl. 59, 138 ff

I. Grundsätze für die Regelung der normativen Elemente:
Mit diesen Ergebnissen lassen sich auch die dem Gesetzgeber hinsichtlich der normativen Elemente der hier interessierenden korporativen Aufgaben gezogenen Grenzen bestimmen. Die Kriterien sind grundsätzlich die gleichen wie bei den administrativen Befugnissen, nur sind sie hier gleichsam mit umgekehrten Vorzeichen zu verwenden. Staatliche Gesetze, die administrative Befugnisse der Organisations- und Personalhoheit beeinträchtigen, sind im Zweifel rechtswidrig. Die Regelung der normativen Elemente durch den Staat, etwa also die Bestimmung der Gemeindeorgane, die besoldungs- und beamtenrechtliche Gleichstellung der Gemeinde- mit den Staatsbeamten usw., ist dagegen solange gerechtfertigt, bis sich Gründe finden, die eine andere Regelung zwingend erforderlich erscheinen lassen. Eine verfassungswidrige, weil nicht sachgerechte Regelung liegt also nicht schon vor, wenn "bessere" Lösungen denkbar oder wünschbar sind, sondern erst dann, wenn die Bedürfnisse der Gemeindeverwaltung bei Abwägung aller Umstände andere Lösungen oder eine Regelung durch die Gemeinde selbst dringlich und zwingend gebieten.

Diese Lösung gibt dem Staat die Möglichkeit, beim rechtssatzmäßigen organisatorischen Aufbau der Gemeinde und bei der Regelung des kommunalen Beamtenrechts die überörtlichen Belange und politische Zielsetzungen in ausreichendem Maße zu berücksichtigen, ohne daß aber die Gemeinde auch insoweit seinen Maßnahmen schutzlos ausgesetzt ist.

TEIL II

Das kommunale Organisationsrecht und das Recht der gemeindlichen Organwalter in Baden-Württemberg unter Selbstverwaltungsgarantie.

1. Abschnitt: Das kommunale Organisationsrecht und die Organisationshoheit der Gemeinde.

§ 11 Die Zuständigkeit "des Staates" zur Regelung.

I. Bei den Untersuchungen über den Rechtssatzcharakter von organisatorische Regelungen auf dem Gebiet der Gemeindeorganisation wurde angedeutet, daß nur dieser Bereich um seiner Bedeutung für jede Gemeinde willen auf die Vereinbarkeit mit ihrer Organisationshoheit geprüft werden soll[1]). Dafür bleibt nochmals festzuhalten, daß insoweit nur ein Recht der Gemeinden auf eine sachgerechte, den verwaltungstechnischen Bedürfnissen und den politischen Forderungen von Art. 28 GG Rechnung tragende Regelung besteht. Der Staat muß ein entsprechendes Satzungsrecht nur übertragen, wenn er sich dazu nicht in der Lage sieht.

Auch wenn man unter diesen Vorbehalten den Staat für befugt hält, die Gemeindeorganisation zu regeln, so bedarf diese Aussage in einem Bundesstaat der Präzisierung. Ist der Bund davon ausgeschlossen und ist eine Beeinträchtigung der Organisationshoheit daher lediglich von den Ländern zu erwarten ? Wenn ja, bestehen trotz ausschließlicher Zuständigkeit der Länder vom Bund/Länder-Verhältnis her gewisse Vorbehalte ?

II. Die Klärung auf Grund von Art. 28 und 84 GG:

1) Was in Art. 28 I GG von der Verfassungshoheit der Länder gesagt ist, gilt auch für deren Zuständigkeit zur Regelung der "Gemeindeverfassung". Wenn das GG vorschreibt, die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern müsse den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates entsprechen, so beschränkt und bestätigt es zugleich die Verfassungshoheit der Länder[2]) mit einem Rahmen, der um der bundesstaatli

---

1) Wie bisher bleiben verfahrensrechtliche Fragen wie Einberufung des Gemeinderats, Verhandlungsleitung, Beschlußfassung, Niederschriften usw. als nicht unmittelbar zum Thema gehörig außer Betracht.

2) Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 23; Köttgen, Gemeinde, S. 89 und BVerfGE. v. 23.10.1951, Bd. 1, 14 Leitsatz 37

chen Homogenität willen erforderlich ist. Ähnliches gilt für die Gemeinden gemäß Art. 28 I Satz 2 und 3. Das Land ist zuständig für das Recht der Gemeindeorganisation, denn die Gemeinde und ihre Organisation ist ein Teil der verfassungsmäßigen Ordnung des Landes. Die Regelung des organisatorischen Aufbaus der Gemeinde ist nicht nur ein Sonderfall der Errichtung und Einrichtung von Verwaltungsbehörden im Bereich des Landes. Eine Bundesgemeindeordnung kann deshalb auf keinen Fall erlassen werden, es sei denn unter Änderung des Grundgesetzes[3].

2) Eine Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der Kommunalverfassung auf Grund von Art. 84 GG muß ebenfalls verneint werden[4]. Dieser gibt dem Bunde nur einen Einfluß auf die "verwaltende Tätigkeit" der Länder, um die es sich bei der Regelung der Gemeindeverfassung ebenso wenig handelt, wie bei der Verfassungsgesetzgebung des Landes.

Köttgen hat seine wenn je gegenteilige Ansicht[5] neuerdings in eine Richtung präzisiert, in die auch die hier vertretene Ansicht einer Abschwächung bedarf. Auch Köttgen versteht die Kommunalverfassung grundsätzlich als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung der Länder; sie sei damit dem Zugriff des Bundes entzogen[6]. Inwieweit die kommunale Organisation aber als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung der Länder, nicht nur als Sparte des rein technischen Verwaltungsrechts (wie etwa das Gemeindewirtschaftsrecht) zu gelten habe, bedürfe einer inhaltlichen Würdigung jeder Bestimmung und sei keine Frage des systematischen Standortes. Dem ist durchaus zuzustimmen, doch wird sich das Ergebnis dieser Würdigung mit dem hier

---

) Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 24; BVerfGE. v. 10.7.57, Bd. 7, 155 (167)

) Im Ergebnis ebenso Rohwer-Kahlmann, AöR 79 (1954), S.208 (214), 222); Haas, AöR 80 (1955), S. 81 (95); Gutachten einer Sonderkommission des Rechtsausschusses des Bundesrats, zit. bei v. Hausen, DÖV 60, 441, der Bundesgesetzgeber sei nicht befugt, in das Kommunalverfassungsrecht einzugreifen.

) DVBl. 52, 421; vgl. auch Kessler, DVBl. 53, 4; v. Hausen und v. der Heide, DÖV 58, 753 und v. Hausen, DÖV 60, 1 und 441

) Gemeinde, S. 90; nicht so weitgehend Maunz-Dürig, Art. 84 Rdnr. 25 mit etwas anderer Begründung trotz der Berufung auf Köttgen. Die Darstellung der Ansicht Köttgen's durch v. Hausen und v. der Heide aaO ist unvollständig. Ihr eigenes Argument, Art. 80 I GG lasse doch auch einen Eingriff in die Verfassungshoheit der Länder zu, geht fehl. Man kann diese engbegrenzte Vorschrift nicht als Ausdruck der Ansicht des GG auffassen, daß der Bund über Art. 84 GG auf die Verfassungshoheit der Länder einwirken dürfe; gegen eine solche Argumentation auch Maunz-Dürig, Art. 84 Rdnr. 16, S. 8 Anm. 1

ausschließlich interessierenden Gebiet des rechtssatzmäßigen organisatorischen Aufbaus der Gemeinde decken[7].

3) Das Land selbst hat bei der Regelung der Gemeindeverfassung die von Art. 28 GG aufgestellten Forderungen zu beachten. Das Gemeindevolk muß eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist; es sei denn das Land entschließt sich zu der Möglichkeit, anstelle der gewählten Körperschaft die Gemeindeversammlung treten zu lassen und damit ein Stück unmittelbarer Demokratie zu verwirklichen. Da die Garantie einer Volksvertretung bzw. einer unmittelbaren Beteiligung der Gemeindebürger an der Verwaltung zugleich ein Mindestmaß an Zuständigkeiten für diese bedingt[8], wird sich die Kommunalorganisation bei der Bestimmung der gemeindlichen Organe im wesentlichen mit folgenden Punkten zu befassen haben: Einrichtung der Gemeindeversammlung oder Volksvertretung, einzelne Entscheidungsrechte des Volkes neben einer Volksvertretung, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Volksvertretung/Gemeindeversammlung und der Verwaltungsspitze.

Hier eine möglichst große Harmonie unter Berücksichtigung verwaltungstechnischer Notwendigkeiten herzustellen, ist die Aufgabe des Landes. Schon durch die Problemstellung wird aber unschwer deutlich, daß eine lediglich verwaltungstechnische Betrachtung dem Problem nicht gerecht würde. Bei der Abwägung aller Umstände, die darauf hinführen könnten, eine andere sachgerechte Regelung zu fordern, die dringlich und nicht mehr aufschiebbar erscheint, müssen auch politische Zielsetzungen und die soziologischen Voraussetzungen einer Organisationsform berücksichtigt werden. Das erschwert zwar eine klare Stellungnahme, liegt aber in der Natur der Sache

§ 12 Grundsätze einer sachgerechten Gemeindeverfassung.

I. Die Verwirklichung der unmittelbaren Demokratie:

Die unmittelbare Demokratie ist eine verfassungsrechtliche Frage von grundsätzlicher Bedeutung[9]. Ihre Problematik ist im Gemeindebereich aber nicht identisch mit den Fragen, die insoweit für die Staatsorganisation auftreten. Dies beweist das GG. Es bekennt sich für den Bund - abgesehen von der Neugliederung des Bundesgebiets nach Art. 29 GG - im Gegensatz zu Art. 7

---

7) Ähnlich Walz, KomHdb I, S. 235 u. Gönnenwein, AöR 81, (1956) S. 214 (215 Anm. 8)

8) Köttgen, Gemeinde, S. 38, 49

9) Walz, KomHdb I (1956) S. 270

76 WRV zu einem System der repräsentativen Demokratie. Für die Gemeinden erklärt Art. 28 I GG aber die stärkste Form der unmittelbaren Demokratie, die Gemeindeversammlung für zulässig.

Mit Hilfe der SV soll in größtmöglichem Umfang in der Gemeinde als der untersten Zelle des Staates eine eigenverantwortliche Aufgabenerledigung durch die Staatsbürger selbst erreicht werden. Dadurch wird deren Interesse am Verwaltungsgeschehen wesentlich erhöht; es ist dem Bürger Gelegenheit gegeben, sowohl zu Einzelfragen als auch zu Entscheidungen von besonderer Bedeutung Stellung zu nehmen und die Geschicke des engeren Lebensraumes unmittelbar mitzubestimmen. Dadurch ist es möglich, eine bürokratische Gemeindeverwaltung aufzulockern und die Einflüsse überörtlicher Gruppen zurückzudrängen, die unvermeidlich örtliche Gesichtspunkte in den Hintergrund stellen.

Auch wer sich nicht für eine Allzuständigkeit der Gesamtbürgerschaft erwärmen kann, wird zumindest die erstrebenswerten Wirkungen nicht leugnen, die eintreten, wenn den Bürgern die Entscheidung bestimmter Grundsatzfragen vorbehalten bleibt oder wenn auf ihre Initiative bei bedeutsamen Vorhaben, die die Gemeindevertretung plant oder bereits beschlossen hat, eine Gesamtentscheidung herbeigeführt werden kann. Dann ist die Gemeindevertretung nicht nur gezwungen, sich aus dem persönlichen Interesse an der Wiederwahl im Einvernehmen mit den Wählern zu halten, sondern sie wird sich auch im Einzelfall hüten, ihre Macht zu mißbrauchen. Schließlich sollte nicht vergessen werden, daß die unmittelbare Verantwortung in der Gemeinde die beste Schule für eine demokratische Bildung ist, denn "vor allem über die Betätigung auf dem Gebiete der Kommunalpolitik wird im Bürger das Interesse an der Landes- und Bundespolitik geweckt und sein aktives Mitwirken vorbereitet. So gesehen ist die Gemeindepolitik die Grundschule für die staatspolitische und staatsbildende Entwicklung[1)]".

Bedenken gegen unmittelbare Mitwirkungsrechte der Gesamtbürgerschaft richten sich weniger gegen das politische Ziel als gegen die Formen und Folgen der Verwirklichung. Es wird mit Recht hervorgehoben[2)], daß es schwierig ist, den Willen der Bürger zu vielen einzelnen Verwaltungsmaßnahmen festzustellen. Auch werden die zu entscheidenden Fragen mit zunehmender Größe der Gemeinde immer komplizierter und umfangreicher, so daß sie für die Gesamtheit nicht mehr überschaubar sind. Ein Großteil

---

1) Innenminister Ulrich anlässlich der ersten Lesung der BadWürttGemO, LTDr 1954, S. 2265

2) Kunze-Schmid, zu § 21 Erl. I 1

der Bürger müßte deshalb oft falsche oder gar keine Stellungnahmen abge-
ben. Allzu viele Abstimmungen auf der kommunalen Ebene hätten schlie-
lich auch eine Wahlmüdigkeit zur Folge, die sich bei der Entscheidung
der Lebensfragen des Staates nachteilig auswirken müßten.

Diese Gesichtspunkte sprechen ganz allgemein gegen eine unmittelbare Be-
teiligung der Gemeindebürger. Man kann aber auch gegen Bürgerentschei-
im Einzelfall Bedenken vorbringen, wenn diese nicht an Erschwernisse ge-
knüpft werden. Kann in allen Gemeindeangelegenheiten ein Bürgerentsch-
von der Vertretungskörperschaft oder auf Initiative der Bürger herbeigeführ-
werden, so könnte einmal die Vertretungskörperschaft sich der eigenen Ver-
antwortung entziehen, sobald sie schwierige Probleme zu entscheiden hat.
Die zweite Möglichkeit würde von Einzelgängern mißbraucht werden, die-
keine andere Absicht haben, als Gemeindevertretung und Verwaltung zu
schikanieren und Probleme an die breite Öffentlichkeit zu zerren, die -
wie etwa Personalfragen - nicht dafür geeignet sind.

Bereits bei diesem Komplex sind die politischen Gesichtspunkte unverken-
bar. Ja man wird sagen können, daß sie einem verwaltungstechnischen Op-
timum zuwiderlaufen, dem eine rasche Entscheidung weniger Fachkräfte
eher entspricht. Beide Gesichtspunkte sind jedoch nicht unvereinbar: In k-
neren Gemeinden treten die Nachteile unmittelbarer Mitbestimmung der
Gesamtbürgerschaft nicht auf. Hier sollte man deshalb von Art. 28 I Satz 2
GG Gebrauch machen und die Gemeindeversammlung an die Stelle der V-
tretungskörperschaft setzen. In wichtigen Gemeindeangelegenheiten könn-
man auch in größeren Gemeinden die Entscheidung den Bürgern selbst vor-
behalten und insoweit die Rechte der Vertretungskörperschaft beschränken.
Die wichtigen Angelegenheiten müßten wenn nicht aufgezählt, so doch m-
umgrenzt werden. Um Mißbrauch zu verhindern, bedarf es einer Entschei-
dung, ob in diesen Fällen immer eine Gesamtentscheidung erforderlich is-
von wem und unter welchen Voraussetzungen sie beantragt werden kann,
insbesondere, welche Wirkung ein Beschluß der Bürger hat, wann und vom
wem er aufgehoben oder geändert werden kann.

II. Die Vertretungskörperschaft und die Gemeindeverwaltung:

1) Bei dem Versuch einer ersprießlichen Abgrenzung der Zuständigkeiten
zwischen der Vertretungskörperschaft/Gemeindeversammlung und der Ver-
waltungsspitze treten verwaltungstechnische Gesichtspunkte weit mehr in
Erscheinung. Auch ergeben sich aus der inneren Struktur der Gemeinde-
vertretung und aus der Eigenart der Ausführung der gemeindlichen Beschlü-
se zwingende Grundsätze für die Gestaltung der Gemeindeverfassung. Die
dürfen nicht mißachtet werden, soll nicht durch organisatorische Fehlrege-

lungen die Leistungsfähigkeit der gemeindlichen Verwaltung beeinträchtigt und die SV unberechtigt in Mißkredit gebracht werden.

2) Auch Art. 28 I GG stellt zunächst ein politisches Ziel auf, zu welcher Art der Gemeindevertretung auch immer man sich entschließt. In der zwingenden Einschaltung der Gemeindebürger oder ihrer Vertreter in die eigenverantwortliche Wahrnehmung der Gemeindeangelegenheiten liegt einmal eine Absage an das in der Deutschen Gemeindeordnung[3] verankerte Führerprinzip. Außerdem bilden "die Forderung einer demokratisch gewählten Gemeindevertretung und das anschließende Zugeständnis eines eigenen Verantwortungsbereiches ... ein untrennbares Ganzes[4]". Die Garantie eines Mindestmaßes an Zuständigkeiten der Gemeindevertretung wird man aber näher umschreiben müssen und sich nicht auf die Feststellung beschränken dürfen, daß dazu jedenfalls die gemeindliche Gesetzgebung, deren enge Grenzen bereits deutlich geworden sind, und die Entscheidung der Grundsatzfragen der Gemeindeverwaltung gehören.

a) Schon Köttgen[5] hat die Landesgesetzgeber auf ihre Pflicht hingewiesen, beim Aufbau der Gemeindeorganisation um einen sinnvollen Ausgleich zwischen politischen und verwaltungstechnischen Forderungen bemüht zu sein. Dabei sei eine Abgrenzung des der Gemeindevertretung vorbehaltenen parlamentsrechtlichen von dem durch den Leiter der Gemeindeverwaltung in eigener Verantwortung zu erledigenden amtsrechtlichen Bereich unbedingt erforderlich. Wolle man nämlich die Gemeindevertretung als allein zuständiges Gremium einrichten, "so werden an diese technische wie politische Anforderungen gestellt, denen ein Parlament herkömmlicher Art nicht zu genügen vermag".

Entschließe man sich nicht dazu, wenigstens einzelnen Gemeindevertretern eine beamtenrechtliche Position zuzuweisen[6], so werde es unmöglich sein, alle Befugnisse der Gemeinde durch die Vertretungskörperschaft wahrnehmen zu lassen oder auf einzelne Ausschüsse zu verteilen. Denn auch im Gemeindebereich sei ohne "die letzte Grundlage allen Verwaltens, die dem Parlamentsrecht wesensfremde Dienstpflicht", nicht auszukommen. Das

---

Vom 30.1.1935, RGBl. I, S.49, §§ 32, 48

Köttgen, Gemeinde, S.38. Noch schärfer spricht Gönnenwein, AöR 81 (1956) S.214 (220) diesen Gedanken aus, wenn er die Stellung der Gemeindevertretung als Hauptorgan aus Art. 28 GG ableitet.

DVBl. 52, 421 ff

Vgl. dazu auch Köttgen, Gemeinde S.93 und Art. 40, 41 BayGemO

Fehlen jeglicher amtsrechtlicher Gegengewichte in Gestalt einer eigenstäm digen Gemeindeverwaltung müßte von nachhaltigen Folgen für den Verwal tungsstil, den Rechtsstaat und die Geschlossenheit der deutschen Gesamtve waltung begleitet sein. Es stehe außerdem im Widerspruch zu der weisungs unabhängigen Stellung des Gemeindevertreters[7] wie auch der Gesamtkörp schaft, in Weisungsangelegenheiten Anordnungen der Gemeindeaufsichtsbe hörde berücksichtigen oder die Beanstandung und Aufhebung ihrer Beschlüs hinnehmen zu müssen[8]. Allein der Stellung des Beamten sei eine solche lichkeit adäquat. Köttgens Folgerung: "Allein auf parlamentarischer Grun lage kann nicht verwaltet werden", besteht zu Recht.

b) Dieses Problem beleuchtet Werner Weber[9] von der Sicht des Leiters de Gemeindeverwaltung unter herber Kritik an dem Gemeinderecht in Nordrh Westfalen und Niedersachsen, insbesondere an der "Deklassierung" der Ve waltungsleiter, die sich "die Gewinnung und Erhaltung der Besten verscher ze"[1]. Die dortige Rechtslage gibt wichtige Aufschlüsse für die Gewinnun der unabdingbaren Grundsätze einer sachgerechten Regelung:

Gustav Giere hat die hohen Anforderungen an die Fähigkeiten und Qualit der leitenden Kommunalbeamten treffend umschrieben[2]. Werner Weber betont, eine ihres Ranges und Wertes bewußte Persönlichkeit, von der Wer und Rang der gemeindlichen Verwaltung wesentlich abhänge, verlange ei festen Amts- und Verantwortungsbereich. Unerträglich sei es, wenn ihr Pa ner, die Gemeindevertretung, nach Belieben die Kompetenzen an sich zi hen oder verengen und ihre Entscheidungen "in jedem Fall temporären U muts und oft ohne Einsicht in den Gesamtzusammenhang" beiseite schieb könne. Außerdem erwarte sie, "daß ihre Leistung und ihr Risiko auch nac außen durch Rang und Ansehen manifestiert wird". Lasse der Staat diese e fachen Lebensgesetzlichkeiten außer Acht, so leite er "den auf die Daue aufhaltsamen Verfall in der fachlichen und menschlichen Qualität derjeni ihrer Amtsträger ein, auf denen bei allen größeren Gemeinden in Wahrhe das Schicksal der Gemeinden ruht[3]".

---

7) Vgl. etwa § 32 III BadWürttGemO

8) So auch Gönnenwein, AöR 81 (1956) S. 236

9) DÖV 59, 641 ff

1) Ähnlich Ziebill, Der Städtetag 59, 3 ff

2) KomHdb II (1957), S. 26; vgl. auch BayVerfGH v. 22.7.1959, ZBR 59, 324 (3 "Der öffentliche Dienst verlangt gerade in seinen leitenden und gehobenen S len ein gediegenes Wissen, ein gegründetes Können, geschulten Blick und la jährige Erfahrung."

3) Vgl. auch Görg, ZBR 58, 104: "Das Bild einer monistischen Gemeindeordnu

c) Diesen Feststellungen gibt es nichts hinzuzufügen, auch wenn man dadurch in den (unbegründeten) Verdacht geraten sollte, die Zuständigkeit der Gemeindevertretung zu Gunsten des Bürgermeisters schmälern zu wollen. Eine Gemeindeverfassung kann aus diesen strukturbedingten und persönlichen Gründen neben der Übertragung der gemeindlichen Gesetzgebung, der Entscheidung aller Grundsatzfragen, sowie der Überwachung der Gemeindeverwaltung an die Vertretungskörperschaft, ohne eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten des Verwaltungsleiters und die Herausarbeitung seiner selbständigen und eigenverantwortlichen Stellung nicht auskommen[4], soll die Geschlossenheit und Effektivität der Gemeindeverwaltung nicht verloren gehen. Damit wird nicht der Gewaltenteilung innerhalb der Gemeinde i.S. des Staatsrechts das Wort geredet[5], doch müssen Unstimmigkeiten in der Zuständigkeitsabgrenzung zu zusätzlicher Arbeit, Mißstimmung der Beteiligten[6] und Streitigkeiten führen, die zwangsläufig ein überflüßiges Eingreifen des Staates zur Folge haben.

Gerade auf letzeren Gesichtspunkt hebt Berkenhoff[7] besonders ab. Er bezeichnet es als Vorzug einer Gemeindeverfassung, wenn sie die Austragung von Gegensätzen innerhalb der Gemeinde gestattet und verhindert, daß die Beschlußfassung eines allzuständigen Rates "gleich auf die Rechtskontrolle des Staates prallt". Er fordert ein wirkungsvolles Beanstandungsrecht des Verwaltungsleiters, das eine erneute Prüfung der gemeinderätlichen Beschlüsse zum Wohl der Gemeinde ermögliche. Praktisch wirksam könne dieses jedoch nur sein, wenn die Abhängigkeit des Hauptgemeindebeamten vom Rat nicht zu groß sei, "denn echter Austrag von Meinungsverschiedenheiten setzt gleich starke Positionen der Antragsgegner voraus". Ein ebenbürtiger Gegner wird aber nicht nur bei Gesetzesverletzungen, sondern allgemein mit Vorschlägen und notfalls mit Kritik, die sich auf Erfahrung und

---

stimmt mit der Verwaltungswirklichkeit umso weniger überein, je größer die Gemeinden sind und desto mehr sich die Vertretungskörperschaften auf die wichtigsten Beschlüsse beschränken müssen."

Im Gegensatz dazu fordert Menzel, DVBl. 50, 657 (660), "die Allmacht des Stadtdirektors zu brechen und seine Befugnisse auf mehrere Personen zu verteilen". Wie hier Köttgen, Gemeinde S. 84 und L. J. Jansen, DÖV 54, 328 gegen Edler v. Hoffmann, DÖV 54, 326.

Vgl. auch VerfGH NRW v. 21. 8. 1954, OVGE 9, 74 ff: "Grundlage allen menschlichen Handelns - insbesondere des politischen - ist die klar abgegrenzte Verantwortung. Wird die Verantwortung verwischt, so entsteht Reibung, Mißtrauen und Mißbrauch der Gewalt."

DVBl. 53, 42 ff

fachliches Können stützt, zum Wohle der Gesamtbürgerschaft beitragen[8]. Gern wird er die sich daraus ergebende Verantwortung vor der Bürgerschaft tragen; dies wird ihm angenehmer sein, als womöglich für Beschlüsse eines weitgehend anonym handelnden Rates oder Verwaltungsausschusses, wenn nicht gar für die geheime Absprache einer die Mehrheit bildenden Fraktion des Rates von der Bürgerschaft praktisch doch verantwortlich gemacht zu werden. Je größer eine Gemeinde ist, desto weniger wird der Bürger - von Großvorhaben abgesehen - nach der Stellungnahme einzelner Ratsmitglieder oder der Gesamtkörperschaft fragen, sondern kurz "die da oben" verantwortlich machen. Das trifft aber zuvorderst die unmittelbar tätige Verwaltung und deren Spitze. Rücksichtnahme auf komplizierte, von einem früheren Rechtszustand möglicherweise abweichende Regelungen der Gemeindeordnungen, die dem Hauptverwaltungsbeamten keinen oder nur geringen Einfluß auf die Beschlußfassung einräumen, wird man kaum erwarten können.

III. Eine weiter ins einzelne gehende Erörterung einer idealen Gemeindeverfassung kann hier nicht angestellt werden. Sie würde den gesteckten Rahmen sprengen, da nur grobe Verstöße des Gesetzgebers gegen das Recht der Gemeinden auf eine sachgerechte Gestaltung ihres Organisationssystems, die eine Änderung dringlich und nicht mehr aufschiebbar erscheinen lassen, als mit Art. 28 II GG unvereinbar beanstandet werden können. Je mehr sich die Untersuchung von den aufgezeigten Grundfragen auf die Erörterung von Einzelproblemen verlagert, desto mehr verbieten sich feste Stellungnahmen und lassen sich die verschiedenartigsten Lösungen als noch sachgerecht vertreten.

Es wurde schon oft versucht, die Prinzipien für die Gestaltung der Gemeindeverfassung, die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Gemeindevertretern/Gemeindeversammlung und Verwaltungsleiter, sowie die Gestaltung von dessen persönlicher Rechtsstellung nach außen auf einen kurzen Nenner zu bringen. Keinem ist es besser und prägnanter gelungen als Werner Weber[9]:

---

8) Vgl. auch die Hinweise von Hettlage, Festgabe für van Aubel, S. 118 auf die Bedeutung einer wohl abgewogenen Gegenüberstellung und des Zusammenspiels zwischen amtsrechtlich aufgebauter Gemeindeverwaltung und bürgerschaftlich-parlamentarischer Gemeindevertretung für eine gedeihliche Zusammenarbeit und eine gut funktionierende Gemeindeorganisation.

9) DÖV 59, 641: dabei ist zu beachten, daß Weber im konkreten Fall keinen Anlaß hatte, die Formen der unmittelbaren Demokratie in seine Erörterungen einzubeziehen. Seine Ausführungen sind aber auch für diesen Problemkreis entsprechend anwendbar.

"Die Verfassung der Gemeinden ... muß so beschaffen sein, daß sie eine leistungsfähige, sachgerecht arbeitende und rechtsstaatlich korrekt verfahrende Gemeindeleitungsbehörde ins kommunale Regiment setzt. In dieser Leitungsbehörde muß sich die Verantwortung für das kommunale öffentliche Wohl überzeugend verkörpern und muß der Charakter des kommunalen Gemeinwesens als einer wohl funktionierenden Lebens- und Wirkenseinheit gesichert sein. Erforderlich ist ferner, daß das kommunale Leitungsorgan in lebendiger Wechselbeziehung zur Bürgerschaft, zur öffentlichen Meinung des kommunalen Gemeinwesens steht und zwar dergestalt, daß die Bürgerschaft von ihm i h r e Sache mit i h r e r Billigung richtig besorgt und betreut findet. Hierzu ist unerlässlich, daß die gemeinschaftsbezogene Verantwortlichkeit der Gemeindeleitung vor der Öffentlichkeit scharf und personenhaft profiliert ist und die Kontinuität längerer Zeiträume zur Bewährung zur Verfügung hat; denn nur unter dieser Voraussetzung kann eine schöpferische Leistung erwartet und eine legitimierende Beziehung der Bürgerschaft zur Gemeindeleitung hergestellt werden. - Sachliche Effektivität der Gemeindeleitung, klare kontinuierliche und personenhafte Leitungsverantwortung, kraftvolle Verkörperung der Einheit des kommunalen Gemeinwohls und eine lebendige, legitimierende Wechselbeziehung zur Bürgerschaft müssen also von der Gemeindeverfassung zur Darstellung gebracht werden, wenn sie den deutschen Vorstellungen von kommunaler Selbstverwaltung gerecht werden soll."

13 Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg und die Organisationshoheit der Gemeinde.

Eine Untersuchung der BadWürttGemO[1)] unter Beachtung der entwickelten Grundsätze zwingt - um das Ergebnis vorweg zu nehmen - zu der Feststellung, daß zumindest keine Regelungen getroffen wurden, die zu ernsten Bedenken Anlaß geben und eine Änderung dringend erforderlich erscheinen lassen. Im Gegenteil, Änderungswünschen müßte weitgehend entgegengetreten werden.

Die Gemeinderatsverfassung:
Die Regelform der Gemeindeverfassung bezeichnet § 23 I als Gemeinderats-

---

Soweit im folgenden Paragraphen ohne nähere Bezeichnung angeführt werden, handelt es sich um solche dieser Gemeindeordnung, bei den sonstigen nicht nach Ländern bezeichneten Gesetzen um solche des Landes Baden-Württemberg.

verfassung: Verwaltungsorgane der Gemeine sind der Gemeinderat und der Bürgermeister (Bgm)[2].

1) Der Gemeinderat:
Die Zuständigkeit des Gemeinderats läßt sich kurz umreißen: Der Gemeinderat ist die Vertretung der Bürger und das Hauptorgan der Gemeinde (§ 24). Er legt die Grundsätze für die Verwaltung der Gemeinde fest und entscheidet über alle Angelegenheiten, soweit nicht der Bgm kraft Gesetzes zuständig ist, oder der Gemeinderat ihm bestimmte Angelegenheiten überträgt. Der Gemeinderat hat die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen und beim Auftreten von Mißständen in der Gemeindeverwaltung für deren Beseitigung durch den Bgm Sorge zu tragen.

Seine Zuständigkeit, die im Gefolge der sofort darzustellenden gesetzlichen Kompetenzen des Bgm vollends deutlich wird, deckt sich weitgehend mit den aufgestellten Forderungen, die dem Wesen eines parlamentsrechtlich strukturierten Gremiums, sowie dem durch Art. 28 GG aufgestellten politischen Ziel entsprechen. Der Gemeinderat entscheidet in allen Grundsatzfragen, hat die gemeindliche Legislative inne und überwacht den Lauf der Gemeindeverwaltung. Daß ihm zur Überwachung der Verwaltung das Recht zustehen muß, vom Bgm unterrichtet zu werden und Einsicht in die Akten zu bekommen, versteht sich von selbst (§ 24 III).

2) Der Bgm ist nach § 42 I Leiter der Gemeindeverwaltung und Vorsitzender des Gemeinderats:

a) Als Leiter der Gemeindeverwaltung obliegt ihm der Vollzug der gemeinderätlichen Beschlüsse und die sachgemäße Erledigung der Gemeindeaufgaben, die ihm gesetzlich zugeteilt werden (§ 44 I). Da er somit für den ordnungsgemäßen Gang der Verwaltung verantwortlich ist, regelt er auch die innere Organisation der Gemeindeverwaltung, soweit nicht der Gemeinderat über die Festlegung der Stellensatzung für Beamte (§ 67 I) einen Einfluß erhält, da eine Geschäftsverteilung nur innerhalb der Stellensatzung zulässig ist. Dem Bgm bleibt jedoch genügend Raum, da der Rat dabei nic

---

2) Ob eine Abwägung der im folgenden dargestellten Zuständigkeiten und gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten der beiden Organe diesen Namen rechtfertigt, wird man bezweifeln dürfen, wenn man das Wesen der süddeutschen Ratverfassung darin erblickt (vgl. Walz, KomHdb I (1956) S. 235; Gönnenwein, AöR 81, S. 232), daß sowohl die Willensbildung der Gemeinde als auch deren Ausführung ausschließlich beim Gemeinderat liegt, der sich aus ehren- und hauptamtlichen Gemeinderäten unter Führung des Bgm als primus inter pares zusammensetzt.
Kunze-Schmid (Erl. I 6 zu § 23) sind mit Recht der Ansicht, daß in Wirklich

einzelne Tätigkeiten einer bestimmten Stelle und Abteilung zuweisen, sondern nur die bei der Gemeinde absolut vorkommenden Geschäfte aufteilen und bewerten kann. Innerhalb der Dienstposten kann der Bgm gleichwertige Aufgaben auswechseln, da sich dadurch Art und Bewertung der Stelle nicht verändert. Für die Einteilung der Geschäfte der Angestellten und Arbeiter ist der Bgm völlig frei. Wie folgerichtig diese Regelung grundsätzlich ist, bedarf keiner Begründung mehr; der für den Gang der Verwaltung Verantwortliche muß auch die zur Verwirklichung dieser Verantwortung erforderlichen Mittel zur Verfügung haben.

Bei der Abgrenzung der Geschäftskreise der Beigeordneten bedarf der Bgm aber des Einvernehmens, also des vollen Einverständnisses[3] des Gemeinderats, obwohl die Beigeordneten rechtlich gesehen keine Sonderstellung gegenüber anderen Abteilungsleitern einnehmen, da sie ebenfalls Hilfskräfte des Bgm und keine selbständigen Organwalter sind. Was zu geschehen hat, wenn keine Einigung zu erzielen ist, regelt die Gemeindeordnung nicht ausdrücklich. Notfalls wird die Aufsichtsbehörde nach §§ 119 ff einschreiten müssen. Über die Zweckmäßigkeit dieser Regelung läßt sich allerdings streiten. Einmal wird die Aufsichtsbehörde unnötig früh eingeschaltet[4] und zum andern wird der Gemeinderat als Überwachungsorgan mit überwiegend verwaltungstechnischen Problemen des inneren Betriebs befaßt.

Die grundsätzliche Zuständigkeit des Bgm hinsichtlich der sachlichen Organisation wird ergänzt durch seine personellen Direktionsrechte gegenüber den Gemeindebediensteten (§ 44 IV). Ausgenommen sind deren Ernennung, Anstellung und Entlassung; insoweit kann ihn der Gemeinderat mit Zweidrittelmehrheit überstimmen (§ 24 III). Dadurch wird sein Einfluß trotz Verantwortlichkeit für die Gesamtverwaltung etwas sinnwidrig beschränkt. Wenn jedoch diese Mehrheit des Gemeinderats, dem gemäß § 37 VI auch der Bgm mit Stimmrecht angehört, sich gegen ihn entscheidet, so müssen dafür triftige Gründe vorliegen, die eine Fehlansicht des Bgm sehr wahrscheinlich erscheinen lassen. Deren Folgen gilt es auf lange Sicht im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung zu vermeiden. Kommt diese qualifizierte Mehrheit nicht zustande, so kann ein Konflikt richtigerweise

---

keit eine Mischform zwischen Ratsverfassung und Bürgermeisterverfassung vorliegt. Zu letzteren vgl. Kraus, KomHdb I (1956) S. 334 ff und Köttgen, ebenda S. 360 ff

Kunze-Schmid, Erl. I 2 zu § 44

Vgl. oben § 12 II 2 c) und die gegenteilige Regelung in § 24 II GemO

nicht anders gelöst werden, als durch Einschaltung der Aufsichtsbehörde[5]. Jede andere Lösung dieses sich an Personen entzündenden Streites müßte oft auf Jahre böses Blut zwischen den Partnern machen.

§ 44 II sichert dem Bgm die eigenverantwortliche Erledigung der Geschäfte der laufenden Verwaltung[6] zu. Diese dem Rat ebenfalls zur Beschlußfassung zu unterbreiten, würde eine überflüssige Belastung mit Kleinigkeiten bedeuten und die Verwaltung ungerechtfertigt verzögern. Es müßte einen in Permanenz tagenden Rat mich sich bringen, was dessen Wesen und Sinn widerspricht.

Richtig gesehen ist in § 44 III, daß es dem Wesen des Rates als parlamentarisch rechtlich strukturierter Körperschaft nicht adäquat ist, über Weisungsaufgaben zu beschließen. Der Bgm erledigt diese in eigener Zuständigkeit, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Das letztere hat nur einen Sinn, wenn das staatliche Weisungsrecht noch eine sachliche Ermessens- und Bewegungsfreiheit übrig läßt. Es widerspricht der weisungsunabhängigen Stellung der Ratsmitglieder (§ 32 III), über Gegenstände zu "beschließen", die lediglich einer exakten Ausführung bedürfen und von der Aufsichtsbehörde jederzeit auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit beanstandet und aufgehoben werden können.

b) Liegen schon diese Zuständigkeiten auf der Linie der entwickelten Grundsätze, so gilt dies erst recht für die Stellung des Bgm im und zum Gemeinderat. Als Vorsitzender des Gemeinderats, innerhalb dessen er gemäß § 43 VI Stimmrecht bei Stimmengleichheit aber keinen zusätzlichen Stichentscheid hat, bereitet der Bgm die Sitzungen vor und leitet sie (§ 43 I).

Diese Lösung verdient Zustimmung. Einmal kann der Bgm aus unmittelbarer Kenntnis der zu behandelnden Fragen, die ihn schon als Leiter der Verwaltung beschäftigt haben, dem Gemeinderat eine sachgerechte, auf die entscheidenden Punkte gekürzte Darstellung des Falles geben, ohne daß es unter Zwischenschaltung eines besonderen Ratsvorsitzenden des ständigen Nachfragens bedarf. Man wird von keinem ehrenamtlichen Ratsvorsitzenden erwarten können, daß er die Einzelheiten jeden Falles kennt. Ist das aber nicht der Fall, so kann er auch keine zügige und ergiebige Verhandlung und Diskussion leiten. Es besteht die Gefahr, daß die Probleme

---

5) So auch Kunze-Schmid, Erl. II 3 zu 24

6) Dazu Kunze-Schmid, Erl. II, 2 und 3; Göb, Die Gemeinde 57, 165; BGHZ Bd. 8, 396; Bd. 14, 89

zerredet und wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt werden. Fehlentscheidungen und nachträgliche Korrekturen, die auch das Ansehen des Rates schädigen, wären die Folge. Der Möglichkeit, durch die Verhandlungsführung einen Druck auf die Rede- und Entscheidungsfreiheit der Ratsmitglieder auszuüben, werden diese notfalls geschlossen entgegenzutreten wissen.

Diese mittelbare Beeinflussung der Entschlüsse des Gemeinderats wird in der Regel größere Bedeutung haben, als das Stimmrecht des Bgm, da mit zunehmender Größe der Gemeinde und damit auch der Ratsmitglieder die Einzelstimme immer weniger Gewicht behält. In kleineren Gemeinden wird es dagegen sicher öfters vorkommen, daß bei Stimmengleichheit der Ratsmitglieder die Stimme des Bgm den Ausschlag gibt. Dagegen ist nichts einzuwenden, weil nach § 46 auch der Bgm ein demokratisches Mandat und damit das Vertrauen der Bürgerschaft besitzt. Auch wird er auf Grund seiner Vorbildung und genauen Kenntnis der Fragen ein besonderes Beurteilungsvermögen haben.

Die gegenteilige, viel kritisierte Regelung des Gemeinderechts in Nordrhein-Westfalen[7], die dem Stadtdirektor den Vorsitz im Rat verweigert und auch die Vertretung der Gemeinde nach außen dem Vorsitzenden des Rates, dem Bgm überträgt, vermeidet § 42 I, in dem das Gesetz dem Bgm auch die Vertretung der Gemeinde anvertraut. Damit wird ihm neben einem festen Amts- und Verantwortungsbereich, der gegen ein die eigene Initiative und Verantwortung lähmendes Übergreifen des Rates gesichert ist, durch Rang und Ansehen auch diejenige Stellung nach außen zu teil, die er auf Grund seiner Leistung und Verantwortung verdient. Diese Lösung schafft die unerquicklichen Zweikämpfe [8] von Bgm und Stadtdirektor über ihre Kompetenzen aus der Welt, die die beste Gemeindeordnung dieser Grundstruktur nicht völlig vermeiden kann. Sie wird die besten Kräfte, die die Gemeinde dringend benötigt, dazu veranlassen, das Amt des Bgm zu erstreben. In dieser Ausgestaltung bietet es einer verantwortungsfreudigen und kraftvollen Persönlichkeit eine Entfaltungsmöglichkeit wie nur wenige Posten in der staatlichen Verwaltung oder der Privatwirtschaft.

Aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen ergibt sich schließlich die Befugnis des Bgm, in dringenden Angelegenheiten, die nicht bis zu einer Gemeinderatssitzung aufgeschoben werden können, anstelle des Gemeinderats Eilentschei-

---

) Werner Weber, DÖV 59, 646 mit weiteren Nachweisen;
Ziebill, Der Städtetag 59, 3 ff

) Ziebill aaO, S. 4

dungen zu treffen[9]. Dieses Recht kann mißbraucht werden, wenn der Bgm in schwierigen Fällen, in denen er die Zustimmung des Gemeinderats nich oder nicht in seinem Sinne erhalten zu können glaubt, die Entscheidung hinauszögert, um den Gemeinderat vor vollendete Tatsachen stellen zu können. Diese Gefahr wird einmal dadurch gemildert, daß der Gemeinderat sich gegen Häufung derartigen Vorgehens energisch verwahren und notfalls die Aufsichtsbehörde auf die disziplinarrechtlichen Möglichkeiten dieser Amtspflichtverletzungen hinweisen wird. Zum andern wird in größeren Gemeinden, wo am ehesten überraschende Ereignisse denkbar sind, öfters eine Sitzung des Rates stattfinden, so daß noch eine Behandlung möglich ist. Außerdem werden in allen Gemeinden wirklich entscheidende Fragen, die einer eingehenden Erörterung bedürfen, nicht ohne Vorzeichen auftauchen; diese werden die Ratsmitglieder notfalls zu einer Anregung im Gemderat oder einem Antrag auf eine Sondersitzung über den strittigen Gegenstand veranlassen (§ 34).

3) Es kann nicht verkannt werden, daß ein starkes Bedürfnis darnach besteht die starre Abgrenzung der Organe Gemeinderat/Bgm aufzulockern. Dazu kommt die Schwierigkeit, den Gemeinderat als Ganzes mit allen ihm zustehenden Aufgaben zu belasten, so daß ihm vor allem in großen Gemeinden kaum mehr Zeit bleibt, die wirklich entscheidenden Fragen eingehend zu erörtern. Deshalb gestattet § 44 II, durch Hauptsatzung Aufgaben zur Erledigung auf den Bgm zu übertragen. Die satzungsrechtliche Regelung ist rechtlich konsequent, denn es handelt sich um die Änderung der rechtssatzmäßig festgelegten Organe. Ebenfalls durch Hauptsatzung kann der Gemeinderat nach §§ 39/62, 63 beschließende Ausschüsse bilden und ihnen bestimmte Aufgaben zur dauernden Erledigung an seiner Stelle übertragen. Auch hier liegt keine interne Geschäftsverteilung vor, sondern die Veränderung bzw. Neubildung von Organen[1], deren Organwalter rechtswirksam für die Gemeinde handeln.

II. Wenn die Gemeindeordnung sich auch grundsätzlich für ein System der repräsentativen Demokratie entschieden hat, so ist doch die unmittelbare Beteiligung der Gesamtbürgerschaft an der Erledigung der Gemeindeangelegenheiten nicht vernachlässigt:

---

9) § 44 IV; zu ihrem Umfang vgl. Kunze-Schmid, Erl. IV zu § 44

1) Bachof, AöR 83, 208 (244) bezeichnet sie als "Teilorgane". Dies ist richtig, wenn man sich klar ist, daß sie zwar nur einen Teil der dem Gemeinderat zustehenden Kompetenzen umfassen, ihre volle Organqualität innerhalb dieses Bereichs aber nicht angezweifelt werden kann.

1) § 23 II sieht vor, daß jede Gemeinde mit über 3 000 Einwohnern durch Hauptsatzung die Bürgerausschußverfassung einführen kann. Dies ist keine grundsätzlich neue Verfassungsform, sondern neben den Bgm und den Gemeinderat tritt ein Bürgerausschuß als Zustimmungsorgan. Seine Zustimmung zu den Beschlüssen des Gemeinderats ist in besonders wichtigen, in § 57 I aufgezählten Angelegenheiten erforderlich, um eine noch größere Zahl von Gemeindebürgern an den Lebensfragen der Gemeinde zu interessieren und ihren unmittelbaren Einfluß auf die Gemeindeverwaltung zu verstärken. Das Recht des Gemeinderats, auch andere Angelegenheiten mit einer Mehrheit von Zweidrittel aller Mitglieder gemäß § 55 II der Zustimmung des Bürgerausschusses zu unterstellen, wird von Gönnenwein[2)] mit Recht kritisiert, da es dem Gemeinderat eine Flucht aus der Verantwortung gestattet. Die Einrichtung des Bürgerausschusses verliert dadurch an Wert, daß der Gemeinderat trotz der Zustimmung zu einem seiner Beschlüsse nicht verpflichtet ist, diesen auch auszuführen; er hat nur den Bürgerausschuß unter Angabe der Gründe davon zu unterrichten (§ 57 III).

Ob diese Einrichtung, die unvermeidlich eine Verzögerung der Gemeindeverwaltung mit sich bringt, sich bewähren wird, bleibt abzuwarten bis die Sperre des § 23 IV wieder eine Änderung gestattet[3)]. Sie war schon 1919 in den ehemals württembergischen Landesteilen abgeschafft worden und bestand in den badischen Gebieten bis 1934. Gerade an dieser Stelle zeigt sich, daß der Gesetzgeber Verfassungstypen nicht konstruieren und womöglich aufzwingen kann, sondern auf die soziologischen Voraussetzungen zu achten hat, sollen die Gemeinden mit Intresse und Erfolg einer Organisationsform arbeiten. Es haben sich nämlich bis heute von den insgesamt 370 Gemeinden, die für die Bürgerausschußverfassung in Frage kamen, nur 15 Gemeinden dafür entschieden, die alle im ehemals badischen Landesteil liegen[4)]. Man kann nicht behaupten, daß die Ge-

---

AöR 81 (1956), S. 233

Die Gemeinden hatten sich erstmals anläßlich der Gemeinderatswahl vom 11. 11. 1956 zu entscheiden. Auf Grund der 6-Jahresfrist des § 23 IV kann deshalb eine Aufhebung der Bürgerausschußverfassung erstmals zu den Gemeinderatswahlen vom Nov. 1962 erfolgen. Vgl. zum folgenden N.N. BadWürttVBl. 56, 167, sowie eine Auskunft des BadWürttIM vom 20. Juni 1961, Nr. IV 4011-111.

Konstanz, Radolfzell, Gottmadingen, Rielasingen, Markdorf, Pfullendorf, Meßkirch, Stockach, Säckingen, Lörrach, Weil am Rhein, Wyhlen, Endingen, Schonach und als einzige Gemeinde aus dem Reg. Bez. Nordbaden

meinderäte sich gegen den wirklichen Willen der Bevölkerung gestellt hätten, um ihre eigenen Kompetenzen nicht zu beschneiden. In verschiedenen Gemeinden haben sie die Bürgerschaft selbst zu einer Entscheidung durch Bürgerentscheid aufgerufen[5], während in anderen Gemeinden eine solche Entscheidung auf Grund eines Bürgerbegehrens (§ 21 III) herbeizuführen versucht wurde[6]. Das Interesse der Bevölkerung war jedoch so gering, daß nur in einer Gemeinde (Meßkirch) ein Bürgerentscheid zustande kam, der dann allerdings die Entscheidung für den Bürgerausschuß erbrachte.

2) Noch geringerer Erfolg ist leider dem weiteren Versuch des Gesetzgebers beschieden, das bürgerschaftliche Element in der Gemeindeverwaltung zu stärken. In Gemeinden mit nicht mehr als 200 Einwohnern kann durch Hauptsatzung die Verwaltung der Gemeinde dem Bgm und der Gemeindeversammlung anvertraut werden. Von den 170 in Frage kommenden Gemeinden haben sich 1956 nur Burgau und Gaisweiler im Landkreis Sigmaringen dafür entschieden. Dabei ist bemerkenswert, daß die Gemeinde Burgau nur 20 Einwohner hat[7] und bei Verzicht auf die Gemeindeversammlung kaum die gemäß § 25 II für Gemeinden unter 500 Einwohnern erforderlichen 6 Gemeinderäte hätte stellen können, da das Mindestalter für die Wählbarkeit 25 Jahre beträgt (§ 28) und nahe Verwandte, insbesondere Ehegatten, nicht gleichzeitig Gemeinderäte sein können (§§ 29/18). Gaisweiler aber hat gleich zur nächsten Wahl am 8. Nov. 1959 die Gemeinderatsverfassung eingeführt.

3) Die Gesamtbürgerschaft kann neben dem mittelbaren Einfluß durch die Wahl der Gemeinderäte und des Bgm (§§ 26/45) unmittelbar an der Gemeindeverwaltung auf Grund des bereits angedeuteten Bürgerentscheides (§ 21) mitwirken. Dieser kann auf zweierlei Arten zustandekommen: Einmal kann der Gemeinderat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der

---

Neckargemünd. Von Neckargemünd meldet das Schwäbische Tagblatt Nr. 16 vom 22.7.1961: "Sämtliche im Bürgerausschuß vertretenen Parteien mit Ausnahme einer Freien Wählervereinigung stimmten gegen die Beibehaltung der Bürgerausschußverfassung bei den Gemeinderatswahlen 1962."

5) Bühl, Emmendingen, Freiburg i.Br., Herbolzheim, Meßkirch, Rheinfelden, Schopfheim, Stockach, Urloffen, Villingen.

6) Baden-Baden, Eppingen, Grenzach, Singen, Wertheim

7) Schwäbisches Tagblatt :Nr. 17 vom 22.1.1961

Stimmen aller Mitglieder beschließen, daß eine wichtige Gemeindeangelegenheit der Entscheidung der Bürger unterstellt wird. Zum andern kann die Bürgerschaft selbst auf Grund eines Bürgerbegehrens, das an strenge, aber nicht übersteigerte Voraussetzungen geknüpft ist (§ 21 III), einen Bürgerentscheid über eine wichtige Gemeindeangelegenheit beantragen. Durch diese Begrenzungen wird es mit Recht dem Gemeinderat unmöglich gemacht, bei jeder schwierigen Situation seine Verantwortung auf die Gesamtbürgerschaft abzuwälzen, was ihn auf die Dauer des Ansehens und seiner Daseinsberechtigung berauben müßte. Der Bürgerschaft aber muß wirklich etwas an der zu entscheidenden Frage gelegen sein. Das (Störungs-) Interesse einiger Einzelgänger genügt nicht.

Eine weitere sachgerechte Einschränkung sieht § 21 durch die nähere Umgrenzung der wichtigen Angelegenheiten vor. Dabei werden die Angelegenheiten, die auf jeden Fall wichtige sind, die durch Hauptsatzung zu wichtigen erklärt werden können und diejenigen, über die ein Bürgerentscheid nicht durchgeführt werden kann, unterschieden (§ 21 II Ziff. 1-7).

Ist der Bürgerentscheid einmal zustande gekommen, so gebührt ihm auch besondere Beachtung. Er kann innerhalb von 5 Jahren nur durch einen neuen Bürgerentscheid abgeändert werden (§ 21 VII).

II. Erweiterung der Organisationshoheit der Gemeinde aus rechtspolitischen Gründen ?

1) Schon bisher hat sich ergeben, daß der Staat trotz seines Rechts, Art und Umfang der Organe[8]) der Gemeinde festzulegen, diesen einige Zugeständnisse gemacht hat. Diese müssen sie durch Gebrauch des Satzungsrechts (Hauptsatzung) wahrnehmen, denn es handelt sich ja um rechtssatz-

---

) Organe sind jedoch auch bei der Gemeinderatsverfassung nicht nur der Gemeinderat und der Bgm, wie dies § 23 I möglicherweise mißverständlich ausdrückt, sondern auch der Zuständigkeitskomplex der wahlberechtigten Gesamtbürgerschaft. Denn Organ ist jeder Kompetenzkomplex - und bestünde er auch wie bei den reinen Kreationsorganen nur aus einer Funktion - auf Grund dessen ein Organwalter rechtswirksam für die Gemeinde handeln kann. Die Gesamtbürgerschaft wird aber sowohl als Kreationsorgan (§§ 26/45) als auch beim Bürgerentscheid als Inhaber eines begrenzten Organs tätig.

mäßige, nach außen wirkende Zuständigkeitsregelungen.

2) Es wurde nachgewiesen, daß sowohl die Gemeinderatsverfassung, als auch die zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten den Bedürfnissen der Gemeinden gerecht werden. Damit ist eigentlich die Frage bereits beantwortet und grundsätzlich verneint, ob der Staat den Gemeinden - wenn schon nicht durch Art. 28 GG gezwungen, so doch etwa aus rechtspolitischen Gründen - auch hier größere organisationsrechtliche Befugnisse zugestehen sollte, "um die Effektivität des Prinzips örtlicher Selbstverwaltung mit besonderem Nachdruck zu garantieren[9]". Diese negative Stellungnahme wird besonders nahegelegt durch das geringe Interesse, das die Gemeinden selbst an den zusätzlichen Organisationsformen gezeigt haben. Es besteht offenbar kein Bedürfnis darnach, sieht man von der allerdings allseits begrüßten Möglichkeit des Gemeinderats ab, Entscheidungsbefugnisse auf Ausschüsse und den Bgm übertragen zu können.

3) Noch weitere Befugnisse der Gemeinden für die Variierung ihres rechtssatzmäßigen Organisationssystems zu fordern, müßte Bedenken hervorrufen. Zwar haben die Gemeinden in der Schweiz bekanntermaßen teilweise sehr große Organisationsfreiheit[1]. Diese Rechtslage läßt sich jedoch, abgesehen von den verschiedenen soziologischen Voraussetzungen, nicht auf die großflächigen Staaten der Bundesrepublik Deutschland übertragen[2], wie auch die Sonderlösung der Bremer Verfassung in Art. 144 erkennen läßt. Das Land Bremen hat sich eine Rahmengesetzgebung vorbehalten, obwohl nur mit der überschaubaren Regelung durch die leistungsfähige Gemeinde Bremerhaven zu rechnen war[3].

Bütikofer[4] sucht zwar auch für das schweizer Recht einen der gewichtigsten Einwände gegen eine Erweiterung der Organisationshoheit zu entkräften. Das Argument, im Gegensatz zu den Großgemeinden seien die vielen Zwergge-

---

9) Köttgen, Gemeinde S. 41

1) Der Kanton Graubünden gibt nicht einmal in Art. 40 seiner Verfassung nähere Bestimmungen über die Organisation seiner 220 Gemeinden. Der Versuch, 1944 eine Gemeindeordnung zu schaffen, ist gescheitert (vgl. Nawiasky, Grundbegriffe der Gemeindeautonomie, S. 21). Vgl. auch die Zürcherische Musterge-meindeordnung: "... Das Musterbeispiel der Gemeindeordnung kann selbstverständlich von den Gemeinden innert der gesetzlichen Schranken nach Belieben geändert werden ..." (zit. nach Bütikofer, Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden, S. 79).

2) BadWürtt. hatte 1956 3383 Gemeinden

3) Brem. GBl. 1947, S. 291

4) Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden, S. 53/77 ff

meinen kaum zu einer ersprießlichen Rechtssetzung in der Lage, hält er geschickt entgegen, das Gemeinderecht habe sich in seiner Ausgestaltung nicht nach dem schwächsten Gliede zu richten. Zudem könnten sich die Gemeinden von den staatlichen Behörden beraten lassen, sich gegenseitig unterstützen und sich nach den vom Staat aufgestellten Mustersatzungen richten. Ob die Gemeinden sich dies zunutze machen würden, kann nicht von vornherein verneint werden. Trotzdem wird man an der Tauglichkeit der Mehrzahl der Gemeinden zur Rechtssetzung auf diesem komplizierten Gebiet, das jeder Experimentiererei widerstreitet, einigermaßen zweifeln dürfen[5].

Unabhängig davon muß aber berücksichtigt werden: In einem Lande mit Hunderten von Gemeinden wäre es für die Übersichlichkeit und Einheit einer großen Sparte mittelbarer Staatsverwaltung und die Rechtssicherheit unerträglich, wollte man ebenso viele Gemeindeverfassungen zulassen. Bürger und Außenstehende hätten Schwierigkeiten auszumachen, wer in der einzelnen Gemeinde zuständig ist; der Aufsichtsbehörde würde die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Gemeindeverwaltung erheblich erschwert.

Viel entscheidender ist jedoch die grundsätzlich gerechtfertigte Forderung nach einer wenigstens in den Grundzügen einheitlichen Organisation der Gemeinden zur gleichmäßigen Durchführung der Bundes- und Landesgesetze[6]. Die unzulässigen Versuche des Bundesgesetzgebers, das Gemeindeverfassungsrecht der Länder über Art. 84 GG zu beeinflussen, beweisen, daß dann eine Erweiterung der Befugnisse des Bundes durch eine dem Art. 75 Ziff. 1 GG entsprechende Regelung nicht aufzuhalten wäre. Schon der augenblickliche Rechtszustand trägt den Keim zur Bildung von Sonderbehörden im Bereich der Gemeinden oder den vermehrten Einsatz der staatlichen Behörden in sich. Will der Bund etwa dem nach Gemeindeverfassungsrecht zuständigen kollegialen Organ die Ausführung von Weisungsaufgaben nicht überlassen, so kann er dieses von sich aus nicht ausschalten[7]. Er kann aber über

---

In BadWürtt. hatten 1956 von 3 383 Gemeinden nur 370, also etwa 10 %, über 3 000 Einwohner und damit auch einigermaßen mit Fachleuten besetzte Verwaltungen; vgl. auch die berechtigten Sperren in § 23 IV BadWürttGemO.

Vgl. statt aller Kessler, DVBl. 53, 4 ff

Die gegenteilige Regelung des Flüchtlingsnotleistungsgesetzes (BGBl. I 1953, S. 45 § 3) wird mit Recht abgelehnt. Sie kann allerdings nur praktisch werden, wenn das Land die Gemeinden in den Vollzug dieses Bundesgesetzes einschaltet. Vgl. dazu auch Köttgen, Gemeinde, S. 91

Art. 84 den Einsatz eines kollegialen Organs bei der Durchführung des Ge-
setzes verbieten und damit das Land zwingen, entweder das Gemeindever-
fassungsrecht zu ändern oder die Gemeinde vom Vollzug auszuschalten un
die staatsunmittelbaren Behörden oder Sonderbehörden einzusetzen. Eine
solche Entwicklung kann durch Art. 28 II GG nicht verhindert werden[8],
solange kein Mißbrauch getrieben wird, auch wenn sie seiner Grundten-
denz nicht entspricht.

Die Gefahren und Nachteile einer weiteren Zersplitterung des Gemeindev
fassungsrechts für die SV beklagen die Gemeinden selbst. Der Hauptaus-
schuß des Deutschen Städtetages hat schon im Mai 1953 den Beschluß ge-
faßt[9]: "Nachdem die deutschen Länder nicht den Weg gefunden haben,
eine Übereinstimmung oder mindestens Ähnlichkeit der Gemeindeverfas-
sungen in dem Umfang zu schaffen, der für einen einfachen und klaren
Aufbau auch im Hinblick auf die Bundesaufgaben unbedingt erforderlich
ist, sieht der Deutsche Städtetag es als seine Aufgabe an, diese Wege zu
suchen." Die Vorschläge seines Rechts- und Verwaltungsausschusses zur
Vereinheitlichung des Gemeindeverfassungsrechts führten zu einem weite
Beschluß vom Dezember 1954, dessen Forderungen auch heute noch
nicht voll verwirklicht sind. Es handelte sich u.a. um: Zuständigkeit für
Wahrnehmung der Geschäfte der laufenden Verwaltung, Beanstandung rec
widriger Beschlüsse, Bezeichnung der Gemeinderatsvorsitzenden und der
leitenden Beamten der Gemeindeverwaltung. Eine entscheidende Änderu
ist kaum zu erwarten, da diese insbesondere eine erhebliche Umgestaltu
des Gemeindeverfassungsrechts in Nordrhein-Westfalen und Niedersachse
bedingen würde.

Der Schluß dieser Untersuchung kann deshalb nur sein: Die im Sonderfall
Bremens gerechtfertigte Regelung kann nicht für andere Bundesländer em
fohlen werden.

---

8) Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 30; Gönnenwein, AöR 81 (1956), 221; Kollman
DÖV 51, 146

9) zit. nach Kantel, Gemeindeverfassung, S. 6

2. Abschnitt: Das Recht der kommunalen Organwalter und die Personalhoheit der Gemeinden.

14 Einführung und Abgrenzungen.

Wenn im folgenden das Recht der gemeindlichen Organwalter unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit untersucht werden soll, so liegt darin von vornherein eine Beschränkung auf die Probleme, die bei jeder Gemeinde auftreten müssen; das Recht der untergeordneten gemeindlichen Beamten, Angestellten und Arbeiter bleibt ausgeklammert. Diese Beschränkung rechtfertigt sich umso mehr, als die bei letzteren auftauchenden Fragen ohne Schwierigkeiten auf Grund der allgemein entwickelten theoretischen Grundsätze und anhand der anschließenden Einzeluntersuchungen an den Brennpunkten der gemeindlichen Personalhoheit gelöst werden können.

Eine weitere Beschränkung ergibt sich aus der Natur der Sache. Es ist dargestellt worden, daß unter Organwaltern nach der Gemeindeordnung nicht nur Bürgermeister und Gemeinderäte (Gemeindeverordnete[1]) zu verstehen sind, sondern auch Gemeindebürger[2], soweit sie nicht von der Wahlberechtigung ausgeschlossen sind[3]. Sie sind beim Bürgerentscheid (§ 21), bei der Wahl der Gemeinderäte und des Bgm (§§ 26/45) und insbesondere als Gemeindeversammlung (§§ 23 III, 65) Organwalter kraft Gesetzes, ohne

---

1) Da gemäß § 60 auf die Wahl, die Amtszeit, die Rechtsstellung und die Verpflichtung der Gemeindeverordneten die Bestimmungen über die Gemeinderäte entsprechende Anwendung finden, gelten die folgenden Untersuchungen auch für diese, soweit nicht etwas besonderes vermerkt ist.

2) Dies sind gemäß § 12 I Deutsche im Sinne von Art. 116 GG, die das 21. Lebensjahr vollendet haben, seit mindestens 1 Jahr in der Gemeinde wohnen und die bürgerlichen Ehrenrechte besitzen.
Deutscher ist, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reichs nach dem Stande vom 31. 12. 1937 Aufnahme gefunden hat. Zur Bestimmung der deutschen Staatsangehörigkeit vgl. insbes.: Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. 7. 1913 (RGBl. S. 583); VO über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5. 2. 1934 (RGBl. I S. 85); die Gesetze zur Regelung der Fragen über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 22. 2. 1955 (BGBl. I, S. 65), vom 17. 5. 1956 (BGBl. I, S. 431) und vom 19. 8. 1957 (BGBl. I, S. 1251).

3) Dies trifft gemäß § 14 II zu für Entmündigte, Strafgefangene usw.

daß sich daraus weitere Rechte, Pflichten oder Probleme unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit ergeben würden.

Trotz dieser Beschränkung auf das Recht des Bgm und der Gemeinderäte würde es über das Thema der Arbeit hinaus gehen, sollte etwa das gesamte Dienstrecht des Bgm dargestellt werden. Es interessieren hier nur diejenigen Bestimmungen, die unter dem Gesichtspunkte der Personalhoheit Beachtung verdienen. Beispielsweise ist hier nicht der Platz, das Kommunalwahlrecht darzustellen. Unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit bedürfen aus diesem Bereiche nur die Grundsätze der freien Auswahlmöglichkeit und die diese beschränkenden formellen und persönlichen Wahlvoraussetzungen einer Beachtung und Untersuchung.

§ 15 Die formellen Voraussetzungen für die Wahl der Gemeinderäte und des Bürgermeisters.

I. Für die Gemeinderäte:

1) Art. 72 BadWürttVerf. und § 26 GemO sehen für die Gemeinderatswahl grundsätzlich das Verhältniswahlsystem auf Grund von Wahlvorschlägen vor. Um den Bürger jedoch eine größere Freiheit bei der Stimmabgabe zu geben, hat er die Möglichkeit erhalten, Bewerber aus anderen Wahlvorschlägen zu übernehmen (panaschieren). Wenn nur ein gültiger oder kein Wahlvorschlag eingegangen ist, findet Mehrheitswahl ohne Bindung an die vorgeschlagenen Bewerber statt.

Beide Wahlsysteme beschränken die freie Auswahlmöglichkeit nicht unzulässig. Beim Mehrheitswahlsystem ist dies unmittelbar einsichtig. Es trifft jedoch auch auf das Verhältniswahlsystem zu, wenn nicht bereits die Einreichung von Wahlvorschlägen an Bedingungen geknüpft wird, die weder dringlich und nicht mehr aufschiebbar sind, noch sich auf das bei Abwägung aller Umstände sachlich und zeitlich unbedingt Notwendige beschränken und so die Wahlhoheit der Gemeinde (-bürger) über Gebühr einschränken. Dies ist jedoch nach dem Kommunalwahlgesetz (KWG)[4] nicht der Fall:

Wenn Grundmann[5] die Auffassung vertritt, ein Wahlvorschlagsrecht hätten nur die politischen Parteien und Wählervereinigungen, so ist dies zumindest mißverständlich formuliert. Tatsächlich kann jeder Einzelkandidat einen Wahlvorschlag mit seiner Bewerbung einreichen, wenn er nur das Unt

---

4) In der Fassung vom 27.7.1959, GBL. S. 96

5) Die Rathausparteien, Tabelle im Anhang

schriftenquorum des § 8 KWG erfüllt. Die Beurteilung dieser Vorschrift hängt von dem Sinn des Unterschriftenquorums ab. Schon der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich[6] sah den Sinn von Unterschriften unter Wahlvorschlägen darin sicherzustellen, daß nur ernstgemeinte Wahlvorschläge eingereicht werden. Dieser Nachweis der Ernsthaftigkeit ist unbedingt erforderlich, sollen erhebliche technische Unzuträglichkeiten des Wahlgeschäfts durch eine Überfülle ernsthaft nicht in Betracht kommender Wahlvorschläge vermieden werden. Nicht aber dürfen mit dem Unterschriftenquorum angebliche Splittergruppen von vornherein ausgeschaltet und damit der Wahl durch die Gemeinde vorenthalten werden. Der Staat soll und kann der Gemeinde auch auf diese Weise nicht vorschreiben, wen sie zu wählen hat. Auch das Argument des BVerfG[7], der Wähler solle davor bewahrt werden, seine Stimme einem aussichtslosen Bewerber oder Wahlvorschlag zu geben und damit wegzuwerfen, schlägt nicht durch. Ob dies der Fall ist, soll und kann sich erst nach der Wahl zeigen. Sieht man das Unterschriftenquorum so, so muß die Zahl der für den Nachweis der Ernsthaftigkeit des Wahlvorschlags erforderlichen Unterschriften relativ gering sein. Trotzdem kann man die Forderung von 10 - 250 Unterschriften pro Wahlvorschlag je nach Gemeindegröße gemäß § 8 KWG nicht beanstanden. In kleinen Gemeinden wird mit Recht verhindert, daß jede Familie ihren eigenen Wahlvorschlag aufstellt und in Großgemeinden über 200 000 Einwohner wird - ebenfalls ohne Verletzung des Wahlgeheimnisses - jeder Kandidat, der zu seinem Erfolg Tausend von Stimmen benötigt, spielend 250 Unterschriften erbringen[8]. Die Bestimmung von § 13 KWO, wonach die Wahlvorschläge spätestens am 24. Tage vor dem Wahltage einzureichen sind, ist rein technischer Natur.

2) Weitere Beschränkungen enthält das KWG nicht. Etwaigen Änderungs- und Verschärfungswünschen hat das BVerfG Grenzen gezogen, die auch vom

---

Lammers-Simons, Bd. I, S. 329, 341, 398; RGZ Bd. 122, 306
ebenso Grundmann, Die Rathausparteien, S. 76
BVerfGE Bd. 4, 381; so auch Rink, JZ 61, 73 (76)
Ob eine Befreiung vom Unterschriftenquorum für die Wahlvorschläge von Parteien, die im Landtag vertreten sind, und für Wählervereinigungen und Parteien, die bisher schon im Gemeinderat vertreten waren (§ 8 KWG), mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl vereinbar ist, braucht unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit, die grundsätzlich völlige Wahlfreiheit fordert, nicht entschieden zu werden. Sie ist aber mit dem BVerfGE Bd. 4, 375 (383); Bd. 7, 99 (107) und dem BadWürttStGH, BadWürttVerwBl. 60, 122 zu bejahen.

Standpunkt der Gemeinde her als Verletzungen des SVsrechts, d.h. des Rechts auf freie Auswahl der gemeindlichen Organwalter hätten begründet werden können, da die verworfenen Beschränkungen den aufgestellten Einschränkungsbedingungen der Personalhoheit nicht genügen:

a) Verfassungswidrig ist die vom saarländischen KWG[9] erstmals vorgenommene Monopolisierung des Wahlvorschlagsrecht für die politischen Parteien i.S. von Art. 21 GG. Diese macht den Gemeindebürgern ohne zwingenden Grund die Wahl anderer als der von politischen Parteien nominierten Kandidaten in den Gemeinderat unmöglich[1].

b) Das gleiche gilt für das sogenannte Listenprivileg, das den Erfolgswert der Wählerstimmen, und damit auch wieder die Auswahlmöglichkeit, darnach unterscheidet, ob sie für den Kandidaten einer kommunalen Wählervereinigung oder einer politischen Partei abgegeben werden[2].

c) Nicht mehr anzukämpfen dürfte gegen die inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BVerfG[3] sein, daß eine angemessene Sperrklausel (5 %) gegen Splittergruppen auch im Kommunalwahlrecht zulässig sei, da die Gemeinden in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung seien und eine etwaige Störung der Gemeindeverwaltung durch Splittergruppen sich unmittelbar auf das Staatsganze auswirken müßte. Ob wirklich auf der Gemeindeebene eine derartige Gefahr von kleinen Gruppen ausgeht und ob man auf die fachmännische Kenntnis und Unterstützung von Einzelgängern verzichten sollte in einen Gremium, das zu verwalten und nicht zu regieren und Politik zu machen hat, ist zumindest eine Grenzfrage[4]. Wenn man sich jedoch dazu bekennt, daß eine 5 %-Klausel dringend erforderlich ist, dürfte damit auch die äußerste Grenze erreicht sein, die sachlich geboten ist. Es ist immerhin interessant, daß eine Sperrklausel neben Baden-Württemberg auch in Niedersachsen[5] und Bayern[6] fehlt und insoweit den Gemeinden ganz im Sinne der Personalhoheit völlig freie Wahl ihrer Vertretungskörperschaften zugestanden

---

9) Vom 9.2.1960, ABl. S. 101, § 25 II

1) BVerfGE Bd. 11, 366 ff; vgl. auch Rink, JZ 61, 75

2) So das KWG NRW i.d.F.v. 11.6.1960, §§ 16, 29; dazu BVerfGE v. 2.11.1960, JZ 85 mit Anm. von Arndt.

3) E. v. 23.1.1957, Bd. 6, 104 ff; u. Bd. 11, 266 ff; zustimmend Rink, JZ 61, 77

4) Zweifelnd auch Grundmann, aaO, S. 83; Hamann, Kommentar S. 238. Sogar a. LVG Düsseldorf v. 25.3.1954, 1 K 181/52 und BayVerfGH v. 18.3.1952, VGHE n.F. 5 II, S. 66 ff, obwohl er die 10 %-Klausel des Landtagswahlgesetzes bestätigt hatte (VGHE n.F. 2 II, S. 45 v. 10.6.1949); dem BayVerfGH zustimmend F. Wer DVBl. 52, 549 (554)

5) KWG v. 27.8.1960, GVBl. S. 229

6) KWG v. 11.12.1959, GVBl. S. 267

Derartige Beschränkungen bestehen für die Wahl des Bgm nicht. § 47 GemO verlangt lediglich eine angemessene Stellenausschreibung, die die Auswahlmöglichkeit nicht behindert. § 9 KWG fordert die rechtzeitige Bekanntmachung der Bewerber an die Gemeindebürger.

Die persönlichen Voraussetzungen der Wahl.

A. Die Wahl zum Gemeinderat:

Wählbar in den Gemeinderat sind Bürger[7], die am Wahltag das 25. Lebensjahr vollendet haben (§ 28 I GemO).
Es ist Junken[8] nicht zu bestreiten, daß auch diese Vorschrift einen Eingriff in die Personalhoheit der Gemeinde darstellt. Gerade hier gilt es jedoch, sich des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit zu erinnern. Niemand wird bezweifeln, daß eine Altersgrenze nach unten unbedingt bestehen muß, denn das Amt des Bgm erfordert Lebenserfahrung, Können und Reife, die jeder sich zuerst erwerben muß. Wann der Bewerber diese menschlichen und fachlichen Qualitäten besitzt, ist in jedem Fall verschieden. Solange sich die notwendig generalisierende gesetzliche Lösung nach der allgemeinen Lebenserfahrung richtet, und sich in einem vernünftigen Rahmen hält, kann gegen diese Festlegung der Altersgrenze nichts eingewandt werden. Man würde wohl eine Grenze von 30, zumindest aber von 35 Jahren als eine Überschreitung des sachlich unbedingt Notwendigen bezeichnen müssen, nicht aber schon 25 Jahre, die nur wenig über der ebenso gerechtfertigten Grenze für das aktive Wahlrecht liegen.

Ähnliche Argumente und Unwägbarkeiten gelten auch für die Beschränkungen des § 28 II GemO. Entmündigte, unter Pflegschaft Stehende, Personen, denen durch rechtskräftiges Urteil die Bekleidung öffentlicher Ämter oder die Wählbarkeit aberkannt ist, die von einem deutschen Gericht wegen vorsätzlicher Verbrechen oder Vergehen rechtskräftig verurteilt worden sind usw., müssen für immer oder für eine bestimmte Zeit aus dem Gemeinderat ferngehalten werden. Andernfalls wäre seine ordnungsgemäße Tätigkeit gefährdet und er selbst durch das Fernbleiben der Besten und die mangelhafte persönliche und fachliche Qualität der Gewählten zur Untauglichkeit verurteilt. Eine Grenze in dieser Richtung muß sein. Wo sie verlaufen soll, ob beispielsweise im letztgenannten Fall die Strafhöhe von mindestens 6 Monaten und die Sperre für die Wählbarkeit von drei Jahren nach Rechtskraft und während der Verbüßung auf das sachlich und zeitlich unbedingt Notwendige festgestellt wurde, ist eine Ermessensfrage. So-

---

gl. dazu oben § 14, Anm 2

8) BadWürttVBl. 59, 181

lange kein Mißbrauch getrieben wird, entzieht sie sich der exakten juristischen Begrenzung und damit auch dem Urteil der Verfassungsgerichte.

B. Die Bestellung zum Bürgermeister:

I. Auch für den Bgm gelten die meisten der bisher erörterten Voraussetzungen. Er muß Deutscher i.S. von Art. 116 GG sein, am Wahltag das 25. Lebensjahr vollendet haben und die bürgerlichen Ehrenrechte besitzen. § 28 II gilt entsprechend (§ 46). Insoweit kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden. § 230 Ziff. 2 LBGE will das auf § 6 BRRG fußende Erfordernis einführen, wonach der Bgm die Gewähr dafür bieten muß, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des GG eintritt.

Außerdem müssen folgende Gesichtspunkte beachtet werden:

1) Obwohl der Bgm Beamter ist und auf ihn die für die Gemeindebeamten geltenden Vorschriften Anwendung finden, ist es auf Grund von § 42 VII möglich, einen Bewerber zum Bgm zu wählen, der bereits die Altersgrenze überschritten hat[9)], denn die Bestimmungen über den Eintritt in den Ruhestand wegen Erreichung der Altersgrenze finden keine Anwendung. Diese Regelung entspricht einem Urteil des LVG Schleswig[1)], wonach die Gemeinden nicht gehindert seien, einen Bewerber, der die Altersgrenze für die Beamten bereits überschritten habe, zum Bgm zu berufen.

Eine Beschränkung der Auswahlmöglichkeit und damit ein Eingriff in die Personalhoheit liegt in einer Altersbeschränkung nach oben ebenso wie in der Festsetzung einer unteren Grenze[2)]. Wie aber in der Regel einem zu jungen Menschen die Fähigkeit zur Leitung einer Gemeindeverwaltung fehlt, ist ein älterer auf Grund des Nachlassens seiner körperlichen und geistigen Kräfte nicht mehr zu dieser schwierigen Tätigkeit in der Lage. Ausnahmen bestätigen die Regel, an die sich der Gesetzgeber halten muß. Eine obere Grenze kann deshalb auch zum Wohl der Gemeinde und zur Vermeidung von unerfreulichen Zwistigkeiten in der Gemeindeverwaltung über die Diensttauglichkeit des Bgm nicht entbehrt werden. Nach der augenblicklichen Regelung sind diese Unstimmigkeiten aber nicht zu vermeiden. Deshalb sieht § 189 LBGE eine Altersgrenze auch für die Bgm vor. Allerdings soll den Bedürfnissen der Gemeinden Rechnung getragen und die Altersgrenze abweichend von

---

9) z.Zt. 66 Jahre, Gesetz v. 21.7.1958, Gbl. S. 187

1) E. v. 14. 12. 1951, zit. nach Henrichs, DVBl. 52, 552 Anm. 22; vgl. auch die ablehnende Stellungnahme von Meyer, DVBl. 52, S. 589

2) a.A. H.D. Böckenförde, Bindungen, S. 77, Anm. 17

§ 44 I LBGE (66 Jahre) auf 70 Jahre festgesetzt werden. Mit dieser Sonderregelung werden zugleich die Notwendigkeiten einer sachgerechten Personalpolitik nicht außer Acht gelassen.

2) Die Gemeindeordnung erlaubte in § 73 bis zu 3 benachbarten Gemeinden desselben Landkreises mit zusammen nicht mehr als 6 000 Einwohnern, dieselbe Person dann zum Bgm zu wählen, wenn diese die Befähigung zum Gemeindefachbeamten hatte. Darin lag eine Bestätigung des Rechts auf freie Auswahl, die nicht schon behindert werden sollte, wenn eine Person bereits Bgm war, andererseits aber eine Beschränkung der Personalhoheit. Diese Regelung hat der BadWürttStGH insoweit für verfassungswidrig erklärt, als eine Begrenzung auf 3 Gemeinden erfolgte und die zu wählende Person die Befähigung zum Gemeindefachbeamten haben mußte[3]).

Mit dem StGH wird man die Frage, ob die Befähigung zum Gemeindefachbeamten dringend erforderlich ist, sobald ein Bewerber in mehr als einer Gemeinde Bgm werden möchte, tatsächlich verneinen müssen. Es gibt im Lande benachbarte Kleinstgemeinden, deren Verwaltung die Arbeitskraft und das Können auch eines Nichtfachmanns in der Regel nicht voll auslastet und erst recht nicht überbelastet. Dies gilt auch, wenn man berücksichtigt, daß der Arbeitsanfall durch jede neue Stelle größer wird (zahlreiche Gemeinderatssitzungen, Reisen usw.), als dies nach der Gesamteinwohnerzahl zu erwarten wäre. Wieso der Fachbürgermeister weit stärker von Interessenkonflikten zwischen den gemeinsam verwalteten Gemeinden verschont bleiben soll als ein Nichtfachmann, ist ebenfalls nicht einzusehen.

Trotzdem wird man aber nicht behaupten können, daß derartige Überlegungen schlechthin unzulässig wären. Ein Fachbürgermeister wird eher in der Lage sein, in mehreren Gemeinden die Aufgaben ordnungsgemäß zu erledigen; doch kann dies auch für nicht vorgebildete Personen nich von vornherein allgemein verneint werden. Für beide Gruppen ist eine gesonderte Begrenzung der Zahl der Gemeinden angebracht, weil sie andernfalls überfordert sind und die Gemeindeverwaltung Schaden leidet. Auf keinen Fall wird dies aber auch bei einem Nichtfachmann in der Regel schon eintreten bei der Verwaltung von 2 benachbarten Gemeinden mit zusammen vielleicht nicht einmal 200 Einwohnern.

E. v. 30. 5. 1959, BadWürttVBl. 59, 138 u. 154. Der Gerichtshof hat ausdrücklich offengelassen, ob sich seine Ausführungen auch auf die ähnliche Beschränkungen für die Wahl des Bgm einer Bürgermeisterei (§ 74) erstrecken, da der Fall hierfür keinen Anlaß bot. Aus dem Zusammenhang ergibt sich jedoch, daß er dies im Ernstfall tun würde. Die folgenden Erörterungen sind

Die Regelung des § 73 war deshalb nicht aus grundsätzlichen Erwägungen verfassungswidrig, sondern weil sie zu wenig differenzierte.

Diesen Vorwurf kann man hinsichtlich der Beschränkung auf 3 Gemeinden nicht erheben, obwohl der Staatsgerichtshof dies getan hat[4]). Es ist unbedingt erforderlich, daß - neben der Beschränkung der Gesamteinwohnerzahl - auch eine Grenze für die Zahl der gemeinsam verwalteten Gemeinden gesetzt wird. Andernfalls könnte ein Bgm alle benachbarten Gemeinden des Landkreises verwalten, deren Einwohnerzahl zwar innerhalb dieser Grenze liegt, zweifellos aber die Kräfte jedes Bgm überfordert[5]). Warum soll diese Grenze nicht erreicht sein können, wenn ein Fachbürgermeister und erst recht ein Nichtfachmann, der bereits 3 Gemeinden verwaltet, noch eine vierte übernehmen möchte ?

Der Staatsgerichtshof hat sein Urteil in diesem Punkte weitgehend auf eine falsche Information des Parlaments und seiner Ausschüsse über die Zahl der im Zeitpunkt der Gesetzesberatungen gemeinsam verwalteten Gemeinden gebaut und die Ansicht geäußert, der Gesetzgeber hätte die Grenze höher angesetzt, wenn er gewußt hätte, daß bereits damals in verschiedenen Fällen ein Bgm mehr als 3 Gemeinden verwaltete. Damit ist der StGH von der allgemein anerkannten objektiven Gesetzesauslegungsmethode abgewichen[6]). Außerdem hat er die vom BverfG[7]) so eindringlich hervorgehobenen Grenzen der Gerichtsbarkeit gegenüber dem Gesetzgeber überschritten. In einem andern Urteil hatte der StGH selbst ausgeführt, das Gericht dürfe ein vom Gesetzgeber für richtig gehaltenes Maß nicht beanstanden, wenn es nicht auf Willkür beruhe[8]). Für die Rechtsprechung zu Art. 28 GG wird diese Selbstbeschränkung zu weit gehen. Man muß dem StGH also die geschilderte, etwas weiter gehende Kompetenz einräumen. Aber auch diese hat er überschritten, denn es läßt sich schlechterdings nicht stichhaltig begründen, warum die Grenze von 3 Gemeinden, nicht aber möglicherweise von 4 oder 5 verfassungswidrig ist. Bei der Verwaltung von

---

deshalb auch für eine spätere Entscheidung zu § 74 von gesteigerter Bedeutung

4) Ablehnend insoweit auch Junken, BadWürttVBl. 59, S. 181 und Gildsdorf, ebenda S. 179

5) Bei einer Einwohnerzahl von je 500 wären dies 12 (!) Gemeinden. Im entschiedenen Fall klagten 4 Gemeinden mit zusammen etwa 2 000 Einwohnern

6) BVerfGE Bd. 1, S. 299; BGH vom 20. 3. 1951, NJW 51, 369.

7) E. vom 11. 6. 1958, Bd. 7, 372 (409); vgl. auch oben § 10 B II Ziff. 3 mit weiteren Nachweisen.

8) E. vom 15. 6. 1957, BadWürttVBl. 57, 140

5 Gemeinden wäre doch sicher ein Bgm zumal als Nichtfachmann in aller Regel überfordert.

Der Versuch des StGH, sein Ergebnis mit der Erwägung zu begründen, daß nach dieser Beschränkung auf 3 Gemeinden von der Wahlhoheit der Gemeinde nichts mehr übrig bleibe, ist ebenso erfoglos. Wenn nach § 73 je 3 Gemeinden einen Fachbeamten gemeinsam oder jede für sich allein eine noch nicht als Bgm tätige Person wählen konnten, so wird man schwerlich behaupten können, von der Wahlhoheit sei nichts mehr übrig geblieben. Gilsdorf[9)] betont zu Recht: "Dies mag für sie mit finanziellen Nachteilen verbunden sein, aber ihre Wahlhoheit wird dadurch weder aufgehoben noch ausgehöhlt."

Die nach dem Urteil des StGH verbliebene Rechtslage ist unbefriedigend. Sie gestattet beliebig vielen benachbarten Gemeinden desselben Landkreises zu ihrem eigenen Schaden, dieselbe Person ohne Rücksicht auf deren Vorbildung zum Bgm zu wählen, wenn nur die Gesamteinwohnerzahl 6 000 nicht übersteigt.

II. Das Fehlen weiterer Wählbarkeitsvoraussetzungen:

1) Weitere Bedingungen für die Wahl des Bgm stellt die Gemeindeordnung nicht auf. Sie bleibt damit noch weit hinter den von Klocke[1)] kritisierten Systemen zurück, die für die leitenden Kommunalbeamten die nötige Erfahrung auf dem Gebiet der SV[2)] oder doch eine für ihre Ämter erforderliche Eignung, Befähigung und Sachkunde fordern. Klocke ist der Ansicht, schon dadurch werde das Problem der fachlichen Eignung der Amtsbewerber gesetzlich nicht befriedigend gelöst. Einmal seien die genannten Kriterien nicht in dem Maße bestimmbar, daß sie in jedem Falle eine fachliche Qualifikation des Amtsbewerbers gewährleisten. Zum andern werde so letzten Endes die Entscheidung über die Bewerber nach politischen und nicht nach fachlichen Gesichtspunkten vorgenommen werden[3)]. Dies sei umso gefährlicher, als damit die überörtliche Parteipolitik in unguter Weise in die Rathäuser verlagert werde.

Diese Gefahr steigert sich in Baden-Württemberg, denn hier bestehen gar keine Kriterien, anhand deren die staatliche Aufsichtsbehörde die fachliche Qualität der Bewerber im Wege der Rechtskontrolle überprüfen könnte. Dies wiegt besonders schwer bei den Großen Kreisstädten und Stadtkreisen,

---

9) BadWürttVBl. 59, 177 (180)
1) Der Beamte auf Zeit, S. 190 ff
2) So SchlHGemO §§ 51/64 3) Vgl. auch W. Weber, DÖV 59, 645

die ganz oder teilweise die Aufgaben der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde wahrnehmen[4]. Auch hier hat der Staat keinen Einfluß auf die Wahl des Bgm, dessen Persönlichkeit trotz des vorgesehenen Weisungsrechts für die Sachentscheidung in einer Vielzahl von Fällen bedeutsam ist [5].

Der Verzicht auf Eignungsvoraussetzungen mag die Gefahr in sich bergen, Anlaß für eine Entwicklung zu sein, die dem Sinn der SV als Verwaltung (nicht Politik) in der Ortsstufe widerspricht. Trotzdem kann diese Arbeit, die sich u.a. das Ziel gesetzt hat, die Personalhoheit der Gemeinden zu betonen und auf das Vertrauen des Staates in die richtige Wahl der Gemeinde zu appellieren, schwerlich die Forderung nach Eignungsvoraussetzungen bzw. deren Verschärfung aufstellen und damit die Beschränkung der Personalhoheit befürworten.

2) Kann man sich zu diesem besonderen Vertrauensbeweis nicht entschließen und hält unter dem Eindruck der Argumente Klocke's eine Verschärfung der Eignungsvoraussetzungen zumindest in Baden-Württemberg für erforderlich, so gi es zu überlegen, wie die neu zu gestaltende Rechtslage unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit aussehen könnte.

Es bietet sich etwa die Lösung von §§ 64/51 SchlHGemO an. Darnach muß de Bewerber um das Amt des Bgm über die "notwendigen Erfahrungen auf dem Gebiet der Selbstverwaltung" verfügen. Man mag diese Bestimmung mit dem OV Lüneburg[6] als noch mit der Personalhoheit der Gemeinde vereinbar halten. Sie beschränkt die Auswahlhoheit bis zur Grenze des noch Zulässigen ein, da sie selbst die befähigsten Bewerber (möglicherweise höchste Regierungsbeamte oder in der Privatwirtschaft Tätige) von der Wählbarkeit ausschließt, sofern sie noch nicht in der SV tätig waren[7].

---

4) Vgl. § 14 LverwG.

5) Ebenso Thieme, DVBl. 58, 267. Von einer § 34 II Landkreisordnung für die Wahl des Landrats entsprechenden Regelung wurde abgesehen. Diese gestattet dem I.M. durch die mit dem Kreisrat gemeinsam vorzunehmende Benennung der dem Kreistag zur Wahl verbleibenden Bewerber einen starken Einfluß. Diese Lösung verbot sich hier, weil sie der direkten Wahl des Bgm durch die Gemeindebürger widerspricht.

6) E. v. 22.8.1958, ZBR 58, 34o ff

7) Der BayVerfGH, VGHE n.F. Bd. 6 II, S.35 hat vergleichsweise § 31 II der bay. Kreisordnung für verfassungswidrig erklärt. Dieser forderte für die Landratsbewerber den Nachweis einer Tätigkeit "beim Aufbau des demokratischen Staates". Damit waren befähigte, vor allem junge Bewerber in ähnlich ungerechtfertigter Weise von vornherein ausgeschlossen.

Für Baden-Württemberg empfiehlt sich deshalb - wenn schon - eher eine § 34 II Landkreisordnung entsprechende Beschränkung, der "für die Leitung des Landratsamtes geeignete Bewerber" fordert. Die Regelung für die Gemeinde beschränkt sich dann auf das sachlich Notwendige, ohne wirkungslos zu sein. Sie gibt die Möglichkeit, den Begriff der Eignung nicht abstrakt i.S. der Eignung für das Amt des Bgm an sich, sondern konkret i.S. der Eignung für eine bestimmte Gemeinde zu untersuchen und so jedem Fall gerecht zu werden; der Bewerber muß die Gewähr bieten, gerade dem erstrebten Amte gewachsen zu sein. Für die Mehrzahl der Gemeinden wäre diese Eignungsvoraussetzung praktisch keine Beschränkung, da sie ohnehin keine Experimente eingehen und geeignete Persönlichkeiten wählen. Für den Rest wäre sie ein wirksames Erziehungsmittel, das zudem ihr Eigenleben weit weniger stört, als der schwerwiegende staatliche Eingriff, der erforderlich ist, wenn sich später herausstellt, daß die Wahl ein nicht weiter tragbarer Fehlgriff war. Es wird weniger böses Blut machen und ist zweckmäßiger, offenbar ungeeigneten Bewerbern den Weg zum Amt zu verbauen, als sie möglicherweise nach Jahren, wenn Schäden in der Gemeindeverwaltung eingetreten sind, unter erheblichen Schwierigkeiten wieder aus dem Amt zu entfernen[8] oder die Gemeinde durch einen Staatskommissar unter Kuratel zu stellen.

Dieser Vorschlag bleibt zwar hinter den Forderungen Klocke's zurück. Er ist aber durch die Personalhoheit der Gemeinde bedingt und gestattet eine ausreichend aufsichtsrechtliche und notfalls gerichtliche Kontrolle. Dabei ist zu beachten, daß es sich bei dem Begriff der Eignung um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, wie das OVG Lüneburg[9] unter Bezugnahme auf Bachof[1] und Jesch[2] nachgewiesen hat. Das Gericht führt aus, dieser Begriff eröffne einen Beurteilungsspielraum, da er für die Rechtsanwendung eine Prognose über die künftige Amtsführung des Gewählten verlange, "die nicht allein dank der Ungewißheit der Zukunft rational nicht voll auflösbar ist, sondern darüber hinaus deshalb nicht, weil sie auf Unwägbarkeiten beruht, die als Früchte spezifischer Facherfahrung und als unentbehrliche Elemente der verwaltungsmäßigen Verantwortlichkeit für die Gestaltung des in Rede stehenden Sozialbereichs nur von der zuständigen Verwaltungsbehörde sachgerecht zu erwarten ist."

Dem Gericht kann jedoch zumindest für die Rechtslage in Baden-Württemberg nicht zugestimmt werden, wenn es die Ausfüllung des Beurteilungsspielraumes

---

eispielhaft der Fall Marcello, dazu Klickermann, BadWürttVBl. 56, 38 und un-
n § 22 zu § 128 GemO
. v. 22. 8. 1958, ZBR 58, 340 ff; vgl. auch OVG Münster DVBl. 54, 542; zum
egriff der "Befähigung" ähnlich BVerwGE. v. 27. 2. 1959, Bd. 8, 192
Z 55, 97 ff

2) AöR 82 (1957), S. 163 ff

nicht dem Kreationsorgan bei der Wahl des Bgm, sondern der Kommunalaufsichtsbehörde bei der Prüfung der Eignung des Gewählten zugesteht. Es äußert die Ansicht, es handle sich hier nicht um eine Maßnahme der Kommunalaufsicht in der Form der Rechtsaufsicht, sondern um einen neben der Kommunalaufsicht stehenden Fall der staatlichen Mitwirkung bei der Gemeindeverwaltung[3]. Nur wenn es sich um einen Fall der Rechtsaufsicht handelte, würde aber bei einer vertretbaren Beurteilung der Wahlkörperschaft dieser Vorrang gebühren, wenn sie die Grenzen des Beurteilungsspielraumes nicht überschritten habe.

Wenn man allgemein anerkennt, daß diese Art der Aufrechterhaltung der geschichtlichen Bestätigungsrechte zwangsläufig eine Zweckmäßigkeitskontrolle bedingt[4], so bedeutet ihre Rechtfertigung einen Verstoß gegen die Landesverfassungen, die dem Staat lediglich eine Gesetzmäßigkeitskontrolle gestatten. Zuzugeben ist allerdings, daß aus der bundesrechtlichen Garantie des Art. 28 GG nicht hervorgeht, daß die Kommunalaufsicht nur in einer Rechtsaufsicht bestehen darf. Wenn aber die BadWürttVerf. in Art. 75 - von zwei Ausnahmen für die Gemeindewirtschaft abgesehen - lediglich die Überwachung der Gesetzmäßigkeit der Gemeindeverwaltung gestattet, so könnten dem Staat nicht derartige versteckte Zweckmäßigkeitskontrollen durch die Gerichte erneut zugestanden werden[5]. Auch der BadWürttStGH würde keine andere Ansicht billigen, wenn man seine strengen Grundsätze sogar für Genehmigungsvorbehalte als Rechtsaufsicht zum Maßstab nimmt[6].

Hält man also Eignungsvoraussetzungen in der entwickelten Form für notwendig, so könnte eine vertretbare Beurteilung und Wahl der Gemeindebürger weder von der Rechtsaufsichtsbehörde noch von einem Gericht beanstandet werden. Dieses Ergebnis entspricht durchaus dem Sinn der gemeindlichen Personalhoheit.

---

3) Im Prinzip ebenso für die Genehmigungs- und Bestätigungsvorbehalte VerfGH NRW v. 21.8.1954, OVGE Bd. 9, 75 (83); BVerfGE v. 2.12.1958, Bd. 8, 332; Köttgen, KomHdb I (1956) S. 212; Böckenförde, Bindungen, S. 110

4) Zuhorn, Gemeindeverfassung, S. 65; RhPf VerfGH v. 5.12.1950, VerwRspr. Bd. 3, 529 (530); Peters, Grenzen, S. 229

5) Im Prinzip ebenso Gönnenwein, AöR 81 (1956), S. 228 und Jellinekgedächtnisschrift, S. 517. Ein Erlaß des BadWürtt I. M. v. 14.12.1953, Nr. IV 1265 zog ebenfalls diese Konsequenz aus Art. 75 der Verfassung.

6) E. v. 24.3.1956, BadWürttVBl. 56, 88 ff

Hinderungsgründe für die Tätigkeit als Gemeinderat oder Bürgermeister.

Beim Gemeinderat:
Gemeinderäte können nach § 29 I nicht sein: Beamte, sowie ständig und vollbeschäftigte Angestellte der Gemeinde, leitende Beamte und Angestellte der Rechtsaufsichtsbehörden und in kreisangehörigen Gemeinden leitende Angestellte des Landratsamts und des Landkreises[7]).

Personen, die zueinander in einem die Befangenheit begründenden Verhältnis stehen[8]) oder die als persönlich haftende Gesellschafter an derselben Handelsgesellschaft beteiligt sind, können nicht gleichzeitig Gemeinderäte sein (§ 29 II).

Personen, die mit dem Bgm oder einem Beigeordneten in einem die Befangenheit begründenden Verhältnis stehen, können nicht in den Gemeinderat eintreten. Gemeinderäte haben auszuscheiden, wenn zwischen ihnen und dem Bgm oder einem Beigeordneten ein solches Verhältnis entsteht (§ 29 IV).

Beim Bürgermeister:
Gemäß § 46 II können Bedienstete der Rechtsaufsichtsbehörden, des Landesratamtes und des Landkreises nicht gleichzeitig Bürgermeister sein, es sei denn, daß sie als gemeinsame Fachbeamte nicht voll beansprucht sind. Der Bgm kann nicht gleichzeitig eine andere Planstelle der Gemeinde innehaben oder deren sonstiger Bediensteter sein (§ 46 III).

Zweifellos stellen Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverbote, sowie die Ämterinkompatibilitäten[9]) eine Beschränkung der freien Auswahl, unter Umständen auch der Organisationshoheit dar[1]). Es kann nicht der Kandidat zum Zuge kommen, den die Gemeindebürger gewählt haben, falls er eines der Ämter aufzugeben nicht bereit ist oder einem Verwandten oder Mitgesellschafter stimmenmäßig unterliegt, obwohl er andere Bewerber überflügelt hat.

---

e Berechtigung zu derartigen Beschränkungen des passiven Wahlrechts ergibt sich
s Art. 137 GG.
erwandtschaft bei Ehegatten, früheren Ehegatten oder Verlobten, in gerader oder
der Seitenlinie bis zum dritten Grad Verwandte oder durch an Kindesstatt Verndene; Schwägerschaft bei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum
itten Grad Verschwägerten.
gl. dazu und zum Unterschied zu den Ineligibilitäten, Maunz-Dürig, Art. 137,
nr. 15 mit Nachweisen.
dem oben (§ 13 II Ziff. 2) berichteten Fall der Gemeinde Burgau haben u.a.
rade diese Verwandtschaftsverbote zur Einführung der Gemeindeversammlungs-

Ebenso unzweifelhaft ist es aber, daß derartige Beschränkungen unbedingt notwendig sind, soll eine objektive, sachgerechte und saubere Amtsführung in den Gemeinden gewährleistet sein. Interessenkollisionen[2], Vetternwirtschaft und Korruptionsfälle, deren Nachweis fast unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet, müssen von vornherein unterbunden werden[3]. Dazu ist es erforderlich, daß diejenigen Personen in der Gemeinde keine Kontrollfunktionen haben, die bei ihr angestellt sind, da sie sich andernfalls selbst kontrollieren könnten[4]. Entsprechendes gilt für die Zugehörigkeit zu Aufsichtsbehörden. Auch müßten zu starke Versippungen in der Gemeindeleitung die Versuchung erhöhen, sich oder den Angehörigen ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen.

Der entgegengesetzte Gesichtspunkt ist das Bedürfnis, den Ausschluß qualifizierter Kräfte von der Gemeindeleitung auf das sachlich unbedingt notwendige Maß zu beschränken. Hier ist es besonders schwierig, eine Grenze zu finden, denn der Grad der menschlichen Unzulänglichkeit ist in jedem Fall und zu jeder Zeit verschieden und allgemein unwägbar. Dem Gesetzgeber ist deshalb eine entsprechend weite Ermessensfreiheit zugestanden. In diesem Rahmen hat er sich gehalten. Nur die Bestimmung, daß persönlich haftende Gesellschafter, die an derselben Handelsgesellschaft beteiligt sind, nicht gleichzeitig Gemeinderäte sein können, dürfte hart an der Grenze liegen, falls sie überhaupt je Bedeutung erlangt [5].

§ 18 Art und Inhalt der "Anstellungsverhältnisse" der gemeindlichen Organwalter.

I. Die Rechtsstellung der Gemeinderäte:

Da die Gemeindeordnung, von der Doppelstellung des Bgm abgesehen, eine

---

verfassung gezwungen. Der Gemeinde mit 20 Einwohnern wäre es kaum möglich gewesen, neben dem Bgm 6 nicht miteinander eng verwandte Gemeinderäte zu wählen. Gleiches gilt für ähnlich kleine Gemeinden.

2) Diesen Gesichtspunkt hob BVerfGE v. 17.1.1961, ZBR 61, 82 besonders hervor, als es - allerdings vom Blickpunkt des Bürgers her - § 13 KWG NRW v. 21.6.1961 GVBl. S. 187, der Gemeindebeamte von der Mitgliedschaft im Kreistag ausschließt, für verfassungsmäßig erklärte.

3) Vgl. dazu Hofmeister, Interessenkollisionen, S. 120 ff; Hess. VGH v. 7.9.1951, DVBl. 52, 27; W. Weber, AöR 19 (1930), 161 ff und Strauß, DÖV 49, 143

4) OVG Münster v. 23.11.1949, DVBl. 50, 403

5) Hofmeister, Interessenkollisionen, S. 129 bezeichnet derartige Regelungen als "Überspitzungen".

strenge Funktionstrennung nach Beschlußfassung und Ausführung vornimmt, kann sie den Status der Gemeindevertreter weitgehend nach Parlamentsrecht regeln und von der Zuweisung einer beamtenrechtlichen Position absehen[6]. Die Gemeinderäte sind ehrenamtlich tätig und stehen in keinem Anstellungsverhältnis zur Gemeinde. Ihre Beziehungen zur Gemeinde werden durch das Organwalterverhältnis, nicht aber auch durch ein unterliegendes Dienstverhältnis bestimmt. Für Dienstunfälle mußte deshalb die Gemeindeordnung ausdrücklich das Recht der Ehrenbeamten für anwendbar erklären. Da der Bgm die Gemeinderäte in der ersten Sitzung öffentlich auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Amtspflichten verpflichtet, treten insoweit Probleme der Personalhoheit nicht auf, sieht man zunächst von der noch gesondert zu behandelnden Regelung des § 146 GemO für das Disziplinarrecht ab.

i. Das Anstellungsverhältnis des Bürgermeisters:

1) Die Art des Anstellungsverhältnisses:
Nach § 42 II GemO ist der Bgm Beamter. An dieser Auffassung hält auch § 230 LBGE mit Recht fest.

Insoweit wird das aus der Personalhoheit fließende Recht der Gemeinde, die Art des Anstellungsverhältnisses (als Beamter, Angestellter oder Arbeiter) zu bestimmen, durch die dem Art. 28 II GG gleichwertige und speziellere Vorschrift des Art. 33 IV GG eingeschränkt. Ein Verzicht auf die statusrechtliche Einordnung des Bgm als Beamten würde dem Ziel des Art. 33 IV GG widersprechen[7]. Zwar ist der Begriff der "Ausübung hoheitlicher Befugnisse" nicht eindeutig, doch hat unbestritten gerade der Bgm als Leiter der Gemeindeverwaltung und bei der Ausführung der gemeinderätlichen Beschlüsse dauernd hoheitliche Funktionen von besonders herausragender Bedeutung wahrzunehmen[8], so daß eine andere Lösung nicht möglich wäre. daran ändert auch nichts die Formulierung, daß die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe nur "in der Regel" Beamten zu übertragen ist. Sowohl auf Grund der Entstehungsgeschichte von Art. 33 IV GG[9], als auch nach überwiegender Lehre [1] kann die dauernde Erledigung hoheitsrechtlicher Aufgaben nicht auf Angestellte übertragen werden, sofern nicht beson-

---

Vgl. § 32 GemO. Für die Gemeinderäte besteht aber keine Art. 46 GG entsprechende Immunität: vgl. Gönnenwein, AöR 81 (1956) S. 214 (236)
Zur Auslegung des Art. 33 IV GG eingehend Otto, ZBR 56, 233
So auch die Begründung zum LBGE, V Ziff. 3, S. 970
JöR n. F. Bd. 1, 315 ff
Vgl. etwa Jess, BK Art. 33 Erl. 5; Hamann, Kommentar Erl. zu Art. 33 IV GG;

ders gelagerte Einzelfälle vorliegen und zudem nicht ganze Sachgebiete mit hoheitlichen Funktionen Nichtbeamten überlassen werden. In besonders starkem Maße muß dieser Grundsatz für den Bgm als Leiter der gesamten Gemeindeverwaltung gelten.

Eine echte, nicht durch Art. 33 IV GG bedingte Beschränkung stellt jedoch § 42 II insoweit dar, als Gemeinden mit mehr als 1 500 Einwohnern ihren Bgm nicht als Ehrenbeamten, sondern nur hauptamtlich anstellen können. Diese Regelung ergibt sich jedoch aus Zweckmäßigkeitserwägungen. Von einer gewissen Gemeindegröße ab verlangt die Verwaltung im Zeitalter des Sozial- und Verwaltungsstaates einen Bgm, der sich voll und hauptamtlich für die Interessen und Aufgaben der Gemeinde einsetzen kann und nicht durch Nebenbeschäftigungen belastet ist. Köttgen[2] betont zu Recht, daß ohne eine zureichende Bürokratie, deren Leiter der hauptamtliche Bgm ist, heute die Aufgaben der Gemeindeverwaltung nicht zu bewältigen sind, woraus sich die bekannten Schwierigkeiten ehrenamtlich verwalteter Gemeinden ergeben. Eine große Gemeinde braucht also einen Bgm, der seine ganze Kraft für sie einsetzt. Dies wird aber angesichts des Verlustes eines wohlhabenden Honoratiorenbürgertums, das nicht auf die Einkünfte aus dem Amt angewiesen ist, nur bei der beamtenrechtlichen Sicherung, Besoldung und Versorgung des Bgm möglich sein. Ist er trotz voller Beanspruchung Ehrenbeamter mit geringer Aufwandentschädigung, so wird er über kurz oder lang seine Existenzgrundlage und Unabhängigkeit verlieren, oder er wird - was wahrscheinlicher und ebenso untragbar ist - zum Schaden der Gemeindeverwaltung anderweitigem Erwerb nachgehen. Wann die volle Beanspruchung erreicht ist, kann auf Grund der örtlichen Verschiedenheit auch mit Hilfe der Einwohnerzahlen nicht absolut festgestellt werden, doch dürfte dies bei 1 500 Einwohnern längst der Fall sein[3]. Jedenfalls kann es aber wiederum nicht Aufgabe der Theorie oder der Gerichte sein, mit dem Gesetzgeber insoweit um einige hundert Einwohner zu rechten.

2) Die Form des Anstellungsverhältnisses:
Nach dem augenblicklich noch geltenden Recht wird das Beamtenverhältnis des Bgm durch die rechtsgültige Wahl begründet und beginnt mit dem Amtsantritt (§ 42 III). Die Gemeindeordnung ist damit von der mit dem preussischen Kommunalbeamtengesetz[4] beginnenden Tradition abgewichen, die

---

Spreng-Birn-Feuchte, Art. 77 Erl. 2; Otto ZBR 56, 235

2) KomHdb I (1956) S. 208

3) Nach § 8 I des Bürgermeisterbezügegesetzes v. 1.2.1960, GBl. S. 7 soll diese Grenze in der Regel sogar schon bei 1000 Einwohnern erreicht sein.

4) Vom 30. Juli 1899, Preuß. GBl. S. 141, § 1

für die Begründung eines Beamtenverhältnisses die Aushändigung einer Ernennungsurkunde verlangt. Diese Regelung berücksichtigt die kommunalverfassungsrechtliche Sonderstellung des vom Volk gewählten Bgm in besonderer Weise, soll jedoch durch § 230 LBGE i.S. der herkömmlichen Rechtslage und § 5 BRRG geändert werden. Das ist zu begrüßen; es läßt sich insbesondere wieder der Beginn des Beamtenverhältnisses eindeutig festlegen. Schwierigkeiten für die Rechtswirksamkeit von Amtshandlungen des Bgm für den Fall, daß seine Wahl noch nach Ablauf der Wahlprüfungszeit für ungültig erklärt wird und deshalb kein Beamtenverhältnis begründet war, sind beseitigt[5]. Der Personalhoheit der Gemeinde wird auch mit der neuen Regelung Rechnung getragen, da gemäß § 189 Ziff. 3 LBGE dem Bgm die Ernennungsurkunde von seinem Stellvertreter und nicht von der Aufsichtsbehörde ausgestellt und beim Amtsantritt ausgehändigt werden soll.

3) Die sonstigen, sich normalerweise aus der beamtenrechtlichen Dienstherrenfähigkeit ergebenden Befugnisse, wie Beförderung, Versetzung, Bestimmung des Arbeitsplatzes und der Arbeitszeit usw. werden - sieht man zunächst von dem Disziplinarrecht ab - für den Bgm nicht akut. Er trägt als eigenständiger Organwalter für seine Handlungen selbst die Verantwortung, die die Gemeindevertretung und erst recht die Aufsichtsbehörde nicht zu beeinflußen und abzunehmen haben. Keine von beiden kann deshalb Dienstvorgesetzter des Bgm sein; der Hess. VGH [6] betont zu Recht: "Der Bürgermeister hat keinen Dienstvorgesetzten."

Der Personalhoheit der Gemeinden wird nicht die in § 189 Ziff. 3 LBGE vorgesehene Regelung widersprechen, wonach die Rechtsaufsichtsbehörde die Aufgaben der für die Ernennung zuständigen Stelle, des Dienstvorgesetzten und der obersten Dienstbehörde wahrnimmt, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Hierzu hebt die amtliche Begründung[7] mit Recht hervor, daß damit nicht zwischen Rechtsaufsichtsbehörde und Bgm ein beamtenrechtliches Unterordnungsverhältnis begründet, sondern lediglich einem praktischen Bedürfnis entsprochen werden soll. In Fällen wie Feststellung der Dienstunfähigkeit, Untersuchung von Dienstunfällen usw. muß eine Stelle bestimmt werden, die diese dem Dienstvorgesetzten obliegenden be-

---

) Vgl. auch die weiteren Bedenken gegen die jetzige Regelung von Rooschütz, Die Verwaltungspraxis 1957, 32

) VerwRspr. 4, 607; vgl. auch Köttgen, KomHdb I (1956) S. 208; Kunze-Schmid, § 42 Erl. VII Ziff. 3

) Zu § 189 LBGE, S. 1021

amtenrechtlichen Aufgaben wahrnimmt. Da dafür weder der Gemeinderat noch der Stellvertreter des Bgm in Frage kommen, geht diese Regelung den einzig gangbaren Weg, um die im jetzigen Recht noch bestehende Lücke zu schließen.

§ 19 Das Disziplinarrecht der Gemeinderäte und des Bürgermeisters.

I. **Die gesetzliche Regelung:**

1) Auf den Bgm finden gemäß § 146 GemO die für die Landesbeamten geltenden disziplinarrechtlichen Vorschriften insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften bestehen. Dasselbe gilt für die Gemeinderäte bei der Verletzung ihrer Amtspflichten (§ 17 GemO, Amtsverschiedenheit usw. mit dem Unterschied, daß die entsprechenden Bestimmungen der Ehrenbeamten anzuwenden sind.

Die zur Zeit noch geltenden Disziplinargesetze der im Land Baden-Württemberg aufgegangenen Länder [8] unterscheiden verschiedene Arten von Disziplinarstrafen, die herkömmlich in zwei Gruppen eingeteilt werden: Im nichtförmlichen Verfahren können Verwarnung, Verweis und Geldbuße verhängt werden, während alle übrigen Strafen wie Gehaltskürzung, Entfernung aus dem Dienst usw. [9] nur in einem förmlichen Verfahren von den Disziplinargerichten ausgesprochen werden können. Die sich daraus ergebenden disziplinarrechtlichen Entscheidungs- und Einleitungszuständigkeiten des Dienstvorgesetzten werden gemäß § 146 GemO für den Bürgermeister und die Gemeinderäte durch die Rechtsaufsichtsbehörden wahrgenommen.

II. Die Vereinbarkeit mit der Personalhoheit der Gemeinde:
Gegen die Regelung des Disziplinarrechts durch den Staat ist ebensowenig einzuwenden, wie gegen die Regelung des allgemeinen Beamtenrechts. Grundsätzlich zu den Befugnissen der Personalhoheit der Gemeinde gehört jedoch die Wahrnehmung der sich daraus ergebenden Befugnisse im Einzelfall, die Disziplinargewalt [1]. Die abweichende Regelung der Gemeindeordnung gilt

---

8) Baden: Landesgesetz über die vorläufige Regelung des Dienststrafrechts in der Fassung vom 15. 3. 1950, GVBl. S. 123; WürttBad: Gesetz Nr. 153, Dienststrafordnung, i. d. F. des Gesetzes Nr. 111 v. 2. 8. 1951, RegBl. S. 62; Württ. -Hohenz.: Dienststrafordnung v. 16.12. 1949, Reg. Bl. 1950, S. 19

9) Vgl. etwa § 23 der Württ. -Hohenz. Dienststrafordnung; dazu Bünger, DVBl. 60, 874 (878)

1) Gönnenwein, Jellinekgedächtnisschrift, S. 629; Ipsen, DÖV 55, 229; BVerfGE vom 29. 4. 1958, Bd. 7, 358 (364)

es deshalb zu untersuchen.

Ohne weiteres ist die Übertragung des förmlichen Disziplinarverfahrens auf die staatlichen Gerichte zu rechtfertigen, denn unbestritten enthält die Garantie der SV keine Garantie irgendeiner Gerichtsbarkeit[2]. Diese Regelung stellt keinen Eingriff in die Personalhoheit der Gemeinde dar[3].

Aber nicht nur die Übernahme der gerichtlichen, sondern auch der völlige Entzug der administrativen Handhabung der Disziplinargewalt durch den Staat ist im besonderen Fall der gemeindlichen Organwalter auf Grund ihrer selbständigen Stellung gerechtfertigt, ja geradezu erforderlich. Eine andere Lösung könnte nur darin gefunden werden, dem Bgm über die Gemeinderäte und dem Gemeinderat über den Bgm disziplinarrechtliche Befugnisse oder doch Einleitungszuständigkeiten zuzugestehen. Dies ist jedoch genau so unmöglich, wie etwa den Gemeinderat zum Dienstvorgesetzten des Bgm zu bestellen. Beide besitzen das gleiche demokratische Mandat und erledigen ihre Zuständigkeiten in eigener Verantwortung. Insoweit stehen sie gleichberechtigt nebeneinander. Jede andere Lösung müßte ein zusätzliches, von der Gemeindeordnung mit Absicht und aus guten Gründen nicht vorgesehenes gegenseitiges Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnis begründen.

Weil die Gemeindebürger aus der Natur der Sache, und da sie zu einer einigermaßen sachgerechten Beurteilung disziplinarrechtlicher Vorgänge auf Grund ihrer geringen direkten Teilnahmerechte an der Gemeindeverwaltung nicht die erforderlichen Unterlagen besitzen, ist die Rechtsaufsichtsbehörde die einzig sachgerechte Stelle zur Handhabung der Disziplinargewalt über Gemeinderat und Bgm.

20 Aufwandsentschädigung,. Besoldung und Versorgung

Aufwandsentschädigung der Gemeinderäte:
Die Gemeinderäte sind ehrenamtlich tätig, sie haben aber Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen und des entgangenen Arbeitsverdienstes (§ 19 GemO). Deren Höhe ist in jedem Fall verschieden, doch können durch Satzung der Gemeinde Durchschnittssätze festgesetzt werden, so daß dann Ansprüche unabhängig von den tatsächlichen Auslagen entstehen.

So schon Peters, Grenzen S. 36. Für die abweichende Rechtslage in der Schweiz vgl. Nawiasky, Grundbegriffe der Gemeindeautonomie, S. 19
Görg, ZBR 58, 69; Gönnenwein, Jellinekgedächtnisschrift, S. 529

II. Bezüge und Versorgung der hauptamtlichen und Aufwandsentschädigung der ehrenamtlichen Bürgermeister:

1) Oben[4] wurde das Recht des Staates zur Regelung der Besoldung der Gemeindebeamten und damit auch des Bgm[5] hervorgehoben mit der Einschränkung allerdings, daß er den Gemeinden eine bessere oder schlechtere Besoldung ihrer Beamten als seiner eigenen gestatten müsse, wenn dies unbedingt erforderlich, sachgerecht und nicht mehr aufschiebbar ist, obwohl von beiden Beamtengruppen die gleichen Tätigkeiten in der gleichen Weise wahrgenommen werden.

Eine einheitliche Schlechterbesoldung steht heute angesichts des Kräftemangels nicht zur Debatte. Sie wäre aber auch rechtlich unzulässig, da sie der Gemeinde alle geeigneten und fähigen Beamten entziehen und somit eine planvolle und produktive Arbeit unmöglich machen würde. Außerdem ist kein zwingender Grund ersichtlich, warum der Gemeindebeamte für gleiche Arbeit unter gleichen Umständen besser oder schlechter besoldet werden soll als der Staatsbeamte. Insoweit rechtfertigt, ja fordert der "Gesichtspunkt der beamtenrechtlichen Gleichwertigkeit[6]" die Gleichbehandlung. Alle anderen Probleme aber, die sich aus Ungleichheit der beim Staat und den Gemeinden vorkommenden Tätigkeiten ergeben, sind Fragen der Dienstpostenbewertung. Diese muß - um es nochmals zu betonen - anhand der vom Staat aufgestellten, seinen eigenen Eingruppierungsgrundsätzen entsprechenden, allgemeinen und abstrakten Merkmale von den Gemeinden selbst im Interesse ihrer organisatorischen und personalpolitischen Handlungsfreiheit wahrgenommen werden.

2) Die Probleme der Stellenbewertung innerhalb der Gruppe der mit den Landesbeamten nicht gleichzubewertenden Kommunalbeamten treten beim Bgm am stärksten auf. Er ist nicht nur Beamter, sondern auch und in erster Linie Organwalter und Leiter der Gemeindeverwaltung für die kurze Amtszeit von 8 bzw. 12 Jahren (§ 42 IV GemO). Mit dieser Stellung sind Unannehmlichkeiten, unwägbare Risiken, Aufwendungen und spezifische Leistungen verbunden, die bei Landesbeamten nicht oder nicht gleichartig auftreten. Sie erschweren die vergleichende Stellenbewertung ungewöhnlich, müssen sich aber unbedingt in der Höhe der Besoldung niederschlagen. Zudem sind die Tätigkeiten des Bgm in den einzelnen Gemeinden trotz glei-

---

4) Vgl. oben § 9 B II

5) So auch der BadWürttStGH v. 1.6.1957, BadWürttVBl. 57, 138 allerdings mit anderer, und nicht wie im folgenden differenzierender Begründung.

6) Klocke, Der Beamte auf Zeit, S. 213

cher Einwohnerzahl auf Grund der besonderen Struktur, der Lage, des Gebietsumfangs usw. derart verschieden, daß die Aufstellung allgemeiner Bewertungsmerkmale nahezu unmöglich erscheint. Diese Schwierigkeiten gestatten zwar dem Staat eine direktere Einflußnahme auf die Stellenbewertung, keinesfalls aber eine starre Festsetzung der Bezüge der Bgm und die völlige Ausschaltung der Gemeinden[7]). Gerade im Falle des Bgm müssen sie die Möglichkeit haben, bei der Stellenbewertung die besonderen örtlichen Anforderungen zu berücksichtigen und so die Voraussetzungen zur Gewinnung der richtigen Persönlichkeit zu schaffen[8]).

3) Diesen Grundsätzen ist der Gesetzgeber in weitestgehendem Umfang nachgekommen:

a) Es wurde davon abgesehen, die Bgm in die Besoldungsgruppen der Landesbeamten einzuordnen oder eine eigene Besoldungsgruppe mit aufsteigenden oder festen Gehältern zu schaffen. Vielmehr erfolgt die Festsetzung der Bezüge gemäß §§ 1 und 8 des Gesetzes über die Dienstbezüge der besoldeten Bürgermeister und der Beigeordneten (BgmBezG)[9]) durch den Gemeinderat unter Bindung an Rahmensätze.

Grundsätzlich gelten zwar nach § 1 BgmBezG die für alle Gemeindebeamten geltenden Bestimmungen des Landesbesoldungsgesetzes[1]), soweit nicht Sonderregelungen getroffen werden. Dies bedeutet gemäß § 33 III/ § 22 IV LBesG insbesondere, daß dem Bgm andere als in einem der Gesetze vorgesehene Zulagen nur auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften gewährt werden dürfen. Sonderzuwendungen sind nur erlaubt, soweit diese zur Bestreitung eines durch den Dienst bestimmten Mehraufwandes oder aus Gründen der Fürsorge gewährt werden. Die Bindung an die eigentlichen Dienstbezüge (Grundgehalt, Ortszuschlag, Kinderzuschlag) versteht sich von selbst.

§ 2 BgmBezG eröffnet der Gemeinde für die Festsetzung des Grundgehaltes je nach Einwohnerzahl 15 Stufen mit jeweils weiten Rahmensätzen, innerhalb deren der Gemeinderat unter Berücksichtigung der verschiedenartigen örtlichen und persönlichen Verhältnisse die Bezüge des Bgm festsetzen muß. Dies bedeutet zwar eine Beschränkung des Bewertungsrechts der Gemeinde.

---

[1]) So aber das Hess. Gesetz über die Bezüge der Wahlbeamten der Gemeinden und Landkreise i. d. F. v. 10. 11. 1954, GVBl. S. 194, letzte Änderung v. 20. 11. 57, GVBl. S. 174

[7]) In diesem Sinn auch G. Müller, BadWürttVBl. 58, 81 und BadWürttVBl. 60, 17

[8]) Vom 1. 2. 1960, GBl. S. 7 mit Änderungen vom 27. 7. 1960, GBl. S. 141 und vom 6. 12. 1960, GBl. S. 181

[9]) Vom 27. 1. 1958, GBl. S. 17

Die Regelung ist jedoch auf Grund der aufgezeigten Schwierigkeiten beim Aufstellen von allgemeinen Bewertungsmerkmalen unumgänglich. Sie ist im Einzelfall so elastisch und - auch im Vergleich mit den übrigen Bundesländern - überaus günstig, daß jede Gemeinde von der Besoldung her gesehen in der Lage sein wird, die für ihre Verhältnisse geeignete Persönlichkeit zu finden[2]. Dazu kommt noch die günstige Regelung des Ortszuschlages (§ 4 BgmBezG), der Reisekosten und eine zusätzliche Dienstaufwandsentschädigung von 15 % des Grundgehalts (§ 5 BgmBezG).

Unter diesen Umständen, insbesondere bei Berücksichtigung der vielen Stufen und der weiten Rahmen, kann man nicht mehr von einer erheblichen Beschränkung sprechen oder gar die überaus günstigen Besoldungsmöglichkeiten als unzureichend bezeichnen. Die staatliche Regelung beschränkt sich auf das angesichts der besonderen Lage Notwendige. Dies umso mehr, als gemäß § 3 BgmBezG noch Sonderregelungen möglich sind für einen Bgm mehrerer Gemeinden und Gemeinden mit besonders schwierigen Verwaltungsverhältnissen und außerordentlicher Mehrarbeit durch Bade- und Kurbetrieb. Hier können die Bgm nach der nächsthöheren Gemeindegrößengruppe besoldet werden.

Eine zusätzliche Freiheit für kleine Gemeinden enthalten außerdem §§ 5 und 8 BgmBezG. Der Gemeinderat kann, wenn der Bgm entgegen der Vermutung von § 2 BgmBezG durch das Amt nicht voll in Anspruch genommen ist, das Grundgehalt entsprechend dem Maß der Inanspruchnahme geringer festsetzen, als dies auf Grund des normalen Satzes erforderlich wäre. Darin liegt ein sehr starkes Maß an Freiheit, die durchaus erforderlich ist. Aber ein Verstoß gegen das gerechtfertigte Verbot der Schlechterbesoldung ist ebenso schwer nachzuweisen. Dies umso mehr, als § 8 lediglich bei Gemeinden über 1 000 Einwohner eine volle Inanspruchnahme vermutet, was aber vom Gemeinderat widerlegt werden kann. Diese Grenze ist der einzige Anhaltspunkt für die Rechtskontrolle der Aufsichtsbehörde über die Bewertung. Im Streitfall müssen die Gerichte über das Maß der Inanspruchnahme

---

2) So auch G. Müller, BadWürttVBl. 60, 20. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Für eine mittlere Gemeinde von 15 - 20 000 Einwohnern sieht § 2 BgmBezG ein Grundgehalt zwischen 1 560,06 DM und 2 022,30 DM monatlich vor. Auch ohne Aufwandsentschädigung entspricht dies gemäß Anl. 2 z. LBesG etwa den staatlichen Besoldungsgruppen A 14 (Amtsgerichtsrat) bis A 16 (Ministerialrat, Senatspräsident beim OLG) in deren höchster (13.) Dienstaltersstufe, also nach 26 Dienstjahren.

entscheiden[3], wobei eine vertretbare Wertung der Gemeinde nicht beanstandet werden kann[4].

Eine soweit ersichtlich im Bundesgebiet einmalige Beschränkung sieht § 2 III BgmBezG vor. Das Grundgehalt des Bgm muß nach Ablauf von 6 Amtsjahren in derselben Gemeinde mindestens den Mittelsatz des Rahmens und nach weiteren 6 Amtsjahren in derselben Gemeinde den Höchstsatz des Rahmens erreicht haben. Damit ist nach 12-jähriger Amtszeit des Bgm in derselben Gemeinde ein fester Betrag für das Grundgehalt vorgeschrieben. Diese für den Bgm günstige Regelung müßte als erheblicher Eingriff des Staates in die Personalhoheit der Gemeinde zu ernsten Bedenken Anlaß geben, wäre sie nicht bedingt durch die eigenständige Stellung des Bgm als unmittelbar von der Bürgerschaft bestellter Leiter der Verwaltung und als Repräsentant der Gemeinde. Ohne sie würde häufig und auf jeden Fall nach der Wiederwahl ein "unwürdiges Feilschen[5]" zwischen dem Gemeinderat und dem Bgm oder innerhalb des Gemeinderats um die Bezüge entstehen. Gerade durch die wichtige Besoldungsregelung müßte der Bgm in eine von der Gemeindeordnung nicht vorgesehene Abhängigkeit vom Gemeinderat geraten, die die geschilderten Vorzüge der Gemeinderatsverfassung wieder aufheben müßte.

Die Versorgung des Bgm richtet sich nach Kap. III §§ 27 ff LBesG i.V.m. § 1 BgmBezG. Schwierigkeiten für die Bemessung des Ruhegehalts usw. ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit nicht, da nach Beendigung der Amtszeit keine Bewertungsfragen mehr auftreten.

b) Das Sonderproblem der Aufwandsentschädigung für die ehrenamtlichen Bgm wurde durch ein eigenes Gesetz befriedigend gelöst. Dieses sieht ebenfalls nach Einwohnerzahl gestaffelte Stufen (6) mit weiten Rahmen für die Aufwandsentschädigung und Reisekostenvergütungen vor[6]. Die Ausführungen zum Grundgehalt des hauptamtlichen Bgm gelten hier entsprechend.

---

3) Vgl. dazu OVG Münster v. 13. 11. 1957, ZBR 58, 108; OVG Lüneburg v. 24. 4. 1958, ZBR 58, 205

4) Vgl. oben § 16 B II Ziff. 2) die insoweit entsprechend ablehnende Stellungnahme zum Urteil des OVG Lüneburg v. 22. 8. 1958, ZBR 58, 340

5) G. Müller, BadWürttVBl. 60, 18

6) Gesetz über die Aufwandsentschädigung der ehrenamtlichen Bürgermeister vom 11. 11. 1957, GBl. S. 133, letztmals geändert durch Gesetz vom 6. 12. 1960, GBl. S. 181. Die Aufwandsentschädigung bewegt sich gemäß § 1 zwischen 138,67 DM als unterste Stufe bei Gemeinden unter 700 Einwohnern und 728,03 als oberste Stufe bei Gemeinden mit 1 200 - 1 500 Einwohnern.

4) Gelöst ist durch § 8 BgmBezG und § 1 des Aufwandsentschädigungsgesetzes die Frage, ob die Besoldung im Wege einer privatrechtlichen Vereinbarung durch Dienstvertrag geregelt werden kann, wie dies nach dem bisherigen badischen Recht noch möglich war. Diese Möglichkeit ist für die Gemeinden nun ausgeschlossen. Sie ist auch unnütz, da die Gemeinden inhaltlich an die gesetzlichen Stufen und Rahmen gebunden sind. Sie fördert ein ungutes Feilschen zwischen Bgm und Gemeinderat und widerspricht zudem den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Denn "die Rechtsbeziehungen zwischen Dienstherrn und Beamten sind nach deutschem Beamtenrecht nicht diejenigen gleichgeordneter Vertragspartner[7]".

§ 21 Die Beendigung der Amtszeit.

A. Bei den Gemeinderäten:

Die Amtszeit der Gemeinderäte beträgt 6 Jahre (§ 30); darnach endet sie kraft Gesetzes. Unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit ist die zeitweilige Beschränkung der Wahlhoheit nicht zu beanstanden, denn dem Bestreben und Recht der Gemeinde- (bürger), immer nur Personen ihres Vertrauens an der Spitze der Gemeindeverwaltung zu haben, steht das unabweisbare Bedürfnis an der Geradlinigkeit und Kontinuität der Amtsführung gegenüber. Können alle oder einzelne Gemeinderatsmitglieder jederzeit abberufen werden, so werden sie in vielen Fällen oft unberechtigt dem augenblicklichen Unmut der Bürgerschaft nachgeben. Im Gemeinderat müßte ein häufiger Wechsel der Mitglieder oder auch nur die Möglichkeit der Abberufung zu ständiger Unruhe führen, die eine gedeihliche Arbeit unmöglich macht. Die Amtszeit der Gemeinderäte ist nicht so bemessen, daß man dem Gesetzgeber einen Fehlgebrauch seines Ermessens durch erhebliche Abweichung von einer sinnvollen Mitte vorwerfen könnte.

Außer dem Verlust der Wählbarkeit (§ 28), dem Eintritt eines Hinderungsgrundes (§ 29) und der Amtsenthebung durch ein Disziplinarurteil (§ 146), sieht die Gemeindeordnung unter größtmöglicher Schonung der Personalhoheit keine Ausscheidungsgründe mehr vor. Insbesondere hat die Aufsichtsbehörde kein Recht zur Auflösung des Gemeinderats, wenn seine Beschlußunfähigkeit droht oder eintritt, wenn der Gemeinderat durch Obstruktion eine ordnungsgemäße Erledigung der Aufgaben verhindert[8] oder wenn er "durch

---

7) G. Müller, BadWürttVBl. 58, 81 (84); zum gleichen Problem vgl. auch G. Müller, ZBR 58, 97 ff

8) So § 64 HessGemO; § 61 NdsGemO und § 111 NRWGemO

seine Tätigkeit fortdauernd das Gemeinwohl gefährdet[9]".

Die Gemeindeordnung beweist, daß diese Probleme unter Berücksichtigung der Personalhoheit der Gemeinde auch ohne derart einschneidende Regelungen gelöst werden können: § 31 III sieht eine Nachwahl für den Rest der Amtszeit vor, wenn die Zahl der Gemeinderäte auf weniger als zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl herabgesunken ist. Verweigert der Gemeinderat seine Mitarbeit und erscheinen zu einer ordnungsgemäß einberufenen Sitzung die Gemeinderäte zum zweiten Mal nicht in der für die Beschlußfassung erforderlichen Zahl, so kann der Bürgermeister unverzüglich eine dritte Sitzung einberufen, in der ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen Mitglieder der Gemeinderat über die nicht erledigten Angelegenheiten Beschluß faßt (§ 29 II). Wenn kein Gemeinderat erscheint, entscheidet also der Bgm als Mitglied mit Stimmrecht allein. Diese Regelung vermeidet unter Verwertung der besonderen Stellung des Bgm sowohl die Auflösung des Gemeinderats, als auch die Bestellung eines Staatskommissars[1]. Sie läßt sich allerdings kaum auf eine Rechtslage übertragen, die dem Verwaltungsleiter der Gemeinde kein Stimmrecht und eine lediglich vom Rate abgeleitete Stellung zuspricht.

B. Beim Bürgermeister:

I. Die regelmäßigen Beendigungsgründe:
Die Amtszeit des Bgm endigt gemäß § 42 IV GemO nach 8 bzw. im Fall der unmittelbaren Wiederwahl nach Ablauf der Amtszeit nach 12 Jahren. Für diese Amtzeiten gilt das für die Gemeinderäte Ausgeführte entsprechend.

Der Eintritt in den Ruhestand erfolgt durch Versetzung in den Ruhestand infolge Schwäche der körperlichen oder geistigen Kräfte, die den Bgm zur Erfüllung seiner Dienstgeschäfte dauernd unfähig machen (§ 46 LBGE[2])

---

9) So § 27 SaarlGemO; Thieme (DVBl. 58, 262) bezeichnet diese Vorschrift mit Recht als verfassungswidrig, wobei er auf die Unbestimmtheit dieser Regelung hinweist, die der Aufsichtsbehörde eine viel zu weitgehende Freiheit bei der Beurteilung der Tätigkeit des Gemeinderats gibt. Was gefährdet das Gemeinwohl und was heißt fortdauernd ?

1) § 124 GemO; vgl. dazu unten § 22 im einzelnen.

2) Diese und die folgenden Bestimmungen mögen bereits nach dem Entwurf zitiert werden, da sie als Rahmenvorschriften auf Grund von §§ 21 ff BRRG für den Landesgesetzgeber ohnehin bindend sind.

oder auf Antrag (§§ 210/189 LBGE). Dazu soll unter Abweichung von § 42 VII GemO nach § 189 LBGE die Altersgrenze von 70 Jahren treten.

Die Amtszeit endigt ferner, wenn der Bgm aus beamtenrechtlichen Gründen zu entlassen ist: Nach § 189 i.V.m. §§ 34 ff LBGE (Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit usw.), nach §§ 59 ff LBGE durch Verlust der Beamtenrechte (Bestrafung mit Zuchthaus usw.) oder durch Entfernung aus dem Dienst auf Grund eines Disziplinarurteils (§ 34 LBGE).
Diese Gründe entsprechen den Wählbarkeitsvoraussetzungen und wurden sinngemäß bereits gerechtfertigt.

II. Die vorzeitige Beendigung der Amtszeit:
Nach § 128 GemO kann die Amtszeit des Bgm in einem förmlichen Verfahren für beendet erklärt werden[3], wenn er den Anforderungen seines Amtes nicht gerecht wird und dadurch so erhebliche Mißstände in der Verwaltung eintreten, daß eine Weiterführung des Amtes nicht vertretbar ist und andere Maßnahmen der Staatsaufsicht nicht ausreichen.

1) Vom Standpunkt der Personalhoheit der Gemeinde aus wird man gegen dieses staatliche Notstandsrecht auch unter Beachtung der entwickelten Eingriffsvoraussetzungen nichts einwenden können. Für diese Regelung besteht ein unabweisbares kommunalrechtliches Bedürfnis auch dann, wenn aufsichtsrechtlich und gerichtlich nachprüfbare Eignungsvoraussetzungen für die Wahl bestehen. Auch diese vermögen Fehlgriffe bei der Wahl nicht völlig zu verhindern. Klickermann[4] hebt mit Recht Fälle der fachlichen Unfähigkeit eines Bgm hervor, die auf mangelhafte Eigenschaften der Person oder auf unzureichende kommunalpolitische Erfahrungen zurückgehen können. Auch können gerade bei profilierten Persönlichkeiten erhebliche Spannungen zwischen Gemeinderat und Bgm, die beide aus unmittelbarer Volkswahl hervorgegangen sind, auftreten, die die Gemeindeverwaltung lahmlegen. In Fällen des persönlichen Versagens in einer Spitzenstellung kann man keine disziplinarrechtlichen Maßnahmen ergreifen. Es handelt sich einfach um einen Fehlgriff bei der Wahl. Dieses Ablösungsrecht des Staates beschränkt sich auf das sachlich Notwendige, da die Gemeinde sofort einen neuen Bgm wählen kann, wobei nur der abgesetzte ausgeschlossen ist.

---

3) Nicht also das Bematenverhältnis; der Bgm ist nach wie vor Beamter und einem Ruhestandsbeamten gleichzustellen, vgl. Runderlaß des I.M. v. 15.11.1955, GABl. S. 465 zu § 128 GemO, Ziff. 3

4) BadWürttVBl. 56, 38

2) Wollte man sich bei dieser Feststellung beruhigen, so ginge man die Gefahr ein, § 128 zu Unrecht gerechtfertigt zu haben. Dies wäre der Fall, wenn sich herausstellen sollte, daß diese Regelung Art. 33 V GG oder den Vorschriften des BRRG widerspricht. Diese Frage muß auch deshalb erörtert werden, weil von der Wirkung der genannten beamtenrechtlichen Vorschriften mittelbar eine Stärkung der gemeindlichen Personalhoheit durch den möglichen Ausschluß des Ablösungsrechts nach § 128 abhängen kann. Sie würde sich überdies in ein unmittelbares Problem der Personalhoheit verwandeln, wenn man prüfen wollte, ob der Gemeinde selbst ein Ablösungsrecht zugestanden werden sollte oder könnte, wie es in anderen Bundesländern möglich ist. Wäre ihr dieser contrarius actus auf Grund der genannten beamtenrechtlichen Bestimmungen unmöglich ?

a) Das Problem der vorzeitigen Beendigung der Amtszeit des leitenden Kommunalbeamten wurde in anderen Ländern durch die Möglichkeit der Abwahl durch die Wahlkörperschaft gelöst[5]. Vor dem Inkrafttreten des BRRG hat das BVerfG[6] dies als mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums vereinbar gebilligt. Art. 33 V GG gebiete nicht, diese hergebrachten Grundsätze unter allen Umständen zu beachten, sondern nur, sie bei der Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes zu "berücksichtigen". Eine Fortbildung des Beamtenrechts in Rahmen des gegenwärtigen Staatslebens sei deshalb zulässig, solange die Unabhängigkeit und die rechtliche und wirtschaftliche Sicherung des Berufsbeamtentums gewährleistet sei. Für die Wahlbeamten auf Zeit i.S. von §§ 95 ff BRRG als besonderen Typus des Berufsbeamtentums und insbesondere die Bgm in Schleswig-Holstein hält es diese Gesichtspunkte durch die besonderen gesetzlichen Hemmnisse bei der Abwahl gemäß § 54 SchlHGemO, sowie durch die Sicherung durch ein Ruhegeld als genügend berücksichtigt. Es weist dabei auf die besonders einzurechnende Grenzposition des Bgm zwischen Beamtenrecht und politischem Kommunalrecht hin.

Görg[7] hebt in seiner Urteilsanmerkung gegen das BVerfG die selbständige und eigenverantwortliche Stellung aller leitenden Kommunalbeamten, insbesondere aber des Bgm in den süddeutschen Ländern hervor. Deren Position lasse einen Vergleich mit der Stellung der politischen Beamten nicht zu. Außerdem gehöre es zu den Grundsätzen des Berufsbeamtentums, daß kein Beamter während der Amtszeit ohne förmliches Verfahren mit den Garan-

---

5) NdSGemO § 74; HessGemO § 76; SchlHGemO § 54

6) E. v. 10.7.1957, Bd.7, 155 ff

7) ZBR 58, 104 und KomHdb II (1957), S. 75; kritisch auch Klocke, Der Beamte auf Zeit, S. 233

tien richterlicher Rechtsfindung aus dem Amte entfernt und in den Ruhestand versetzt werden dürfe.

Diese Einwände Görg's gegen die Abwahl treffen auf § 128 GemO nicht zu. Einmal kann der Bgm nicht von der Bürgerschaft oder dem Gemeinderat abgewählt werden. Zum andern ist das Sicherungsbedürfnis erfüllt. Die Erklärung der vorzeitigen Beendigung der Amtszeit erfolgt in einem förmlichen Verfahren, das von der oberen Rechtsaufsichtsbehörde eingeleitet wird und auf das die Vorschriften über das förmliche Disziplinarverfahren und die vorläufige Dienstenthebung entsprechende Anwendung finden. Außerdem wird der Bgm besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt, wie wenn er im Amt verblieben wäre; er erhält jedoch keine Aufwandsentschädigung und muß sich auf die Dienstbezüge zwei Drittel dessen anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben schuldhaft unterläßt. Diese Regelung geht aus guten Gründen über die vom BVerfG gerechtfertigte Rechtslage in Schleswig-Holstein hinaus[8].

b) Gewichtiger, und zumindest bei unkritischer Anwendung des BRRG durchschlagend ist das weitere Argument Görg's[9], dem sich auch Klocke[1] anschließt. Sie meinen, nach dem Inkraftreten des BRRG am 1.7.1957 und der dreijährigen Übergangszeit (§§ 1, 142) sei eine vorzeitige Beendigung der Amtszeit der leitenden Kommunalbeamten nicht mehr zulässig.

Implicite ist damit zunächst behauptet, auch der Bgm in Baden-Württemberg sei Beamter i.S. des BRRG. Dies wird nahegelegt durch § 42 II GemO, der den Bgm als Beamten bezeichnet. Diese entscheidende Vorfrage ist jedoch nicht unbestritten. Soweit ersichtlich hat sie aber lediglich T. Müller[2] ausdrücklich verneint. Dies glaubt er mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des BRRG rechtfertigen zu können. Der Regierungsentwurf habe in § 116[3] diese Beamten teilweise ausgenommen und sei nur gestrichen worden, weil die Bayerische Staatsregierung in der Vorberatung der Ansicht gewesen sei, die Bgm seien "keine Beamten im Sinne des Gesetzes".

---

8) Vgl. auch WürttBadVGH v. 20.1.1950, VerwRspr. Bd. 3, 71 (85): "Der Sinn einer solchen, namentlich für die Selbstverwaltung typischen Wahlbeamtung auf bestimmte Zeit ist offensichtlich, den gewählten Beamten auf die Dauer seines Amtes von Rücksichten auf die wechselnde Stimmung sowohl der Wählerschaft wie der vorgesetzten Aufsichtsbehörde unabhängig zu machen."

9) ZBR 58, S. 105 und KomHdb II (1957), S. 75

1) Der Beamte auf Zeit, S. 240

2) BadWürttVBl. 57, 68

3) Dieser lautete: "Die in den Ländern Baden-Württemberg und Bayern geltenden besonderen Vorschriften für Bürgermeister und Landräte bleiben unberührt."

Abgesehen davon, daß die Ansicht der Bayerischen Staatsregierung nicht auch der Wille des Bundesgesetzgebers zu sein braucht[4], ist es nicht angängig, allein mit der allgemein abgelehnten Methode der subjektiven Gesetzesauslegung[5] eine solch schwerwiegende Scheidung des Berufsbeamtentums vorzunehmen, ohne daß diese Absicht im Gesetz selbst irgendwie zum Ausdruck gekommen wäre. Auch die genannte Sonderbestimmung wollte ja nur die besonderen Vorschriften der süddeutschen Länder, nicht aber das gesamte Beamtenrecht der Bgm vom BRRG ausnehmen. Folgte man der Ansicht T. Müller's, so wäre das Gesetz nicht mehr aus sich selbst heraus verständlich. Da das BRRG "eine rahmengesetzlich erschöpfende Regelung des Beamtenverhältnisses[6]" bezweckte, könnte man zudem aus der Streichung des § 116 auch den gegenteiligen Schluß ziehen.

Selbst die Baden-württembergische Staatsregierung ist ausdrücklich der Auffassung, daß der Bgm Beamter i.S. des BRRG ist[7]. Dazu hat sich neuerdings auch der Gesetzgeber in Bayern bekannt, wenn er in § 214 LBG[8] die Neuregelung des Beamtenrechts der Bgm auf Grund des BRRG für erforderlich hält und das alte Recht für zunächst weitergeltend erklärt.

Obwohl der LBGE von der hier vertretenen Ansicht ausgeht und folgerichtig etwa auf Grund von § 5 BRRG anstelle der Begründung des Beamtenverhältnisses des Bgm durch die Wahl für die Zukunft die Begründung durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde vorsieht (§ 189 LBGE), läßt er § 128 GemO unberührt. Dies ist jedoch bei konsequenter Anwendung des BRRG nicht haltbar: § 59 BRRG verbietet die Veränderung der rechtlichen Stellung des Beamten unter anderen Voraussetzungen oder in anderen Formen als die in diesem Gesetz bestimmt oder zugelassen sind. Die vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Bgm bewirkt aber sowohl das Verbot der Weiterführung der Amtsgeschäfte und damit eine Verletzung seines Rechts auf das Amt[8], als auch eine Kürzung des Gehalts, eine Gleichstellung mit den Ruhestandsbeamten usw. Dies sind zweifellos Veränderungen der rechtlichen Stellung

---

4) Vgl. den berechtigten Hinweis von Maunz-Dürig, Art. 17a Rdnr. 28, Anm. 1 auf die Fraglichkeit, den Gesetzgeber mit Auffassungen zu identifizieren, die in Ausschüssen usw. geäußert werden.

5) BVerfGE. Bd. 1, 299; BGH v. 20.3.1951, NJW 51, 369

6) BTDr., 2. Wahlperiode 1953, Nr. 1549, S. 22

7) LBGE Begründung, allgemeiner Teil V, Ziff. 3, S. 970 und § 189; ebenso G. Müller, ZBR 58, 97

8) Vom 18. Juli 1960, GVBl. S. 161; vgl. dazu den Kom. von Hefele-Schmidt (1961) S. 3, Ziff. 7g und Erl. zu § 214: "Der bayerische Bürgermeister ist Beamter i. S. des BRRG."

9) Allgemein anerkannt, vgl. ausdrücklich § 42 des (vorerst noch geltenden)

des Bgm. Sie sind nur zulässig, wenn die Bestimmungen für Zeitbeamte (§§ 95 ff BRRG) sie zulassen. Dies ist jedoch nicht der Fall:

Die Sonderbestimmungen der §§ 96 ff BRRG (normaler Ablauf der Amtszeit, Nichterfüllung der Verpflichtung zur Weiterführung des Amtes nach Wiederwahl usw.) interessieren hier nicht. Da jedoch für die Beamten auf Zeit die Vorschriften für die Beamten auf Lebenszeit entsprechend gelten (§ 95 BRRG), könnte der Fall des § 31 BRRG in Frage kommen. Darnach kann ein Beamter jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden, wenn er ein Amt bekleidet, in dessen Ausübung er in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen muß. Hier ist an die politischen Beamten im überlieferten Sinn gedacht, zu denen Bgm nicht gehören. Zudem soll die Ablösung nach § 126 GemO nicht wegen der fehlenden politischen Übereinstimmung mit der Regierung oder notfalls des Gemeinderats[1] erfolgen, sondern weil der Bgm den Anforderungen seines Amts nicht gerecht wird.

Die Feststellung, daß bei konsequenter Anwendung des BRRG § 128 GemO keinen Bestand haben kann, obwohl er einem dringenden kommunalrechtlichen Bedürfnis entspringt, weist den Weg, die Möglichkeit einer vorzeitigen Amtsenthebung trotz grundsätzlicher Unterwerfung des Bgm unter das BRRG zu rechtfertigen. Die Änderung des BRRG durch Einführung einer dem § 116 des Entwurfs entsprechenden Norm würde das Problem am einfachsten lösen. Unabhängig davon muß die nivellierende Regelung des BRRG bereits jetzt als verfassungswidrig und § 128 GemO als gültig angesehen werden.

Dieser Ansicht hätte sich ohne Zweifel Köttgen[2] angeschlossen, wenn ihm der Wegfall des § 116 des Entwurfs schon bekannt gewesen wäre. Er stellt fest, für die Auslegung von Art. 75 Ziff. 1 GG gelte dasselbe wie für Art. 84 GG[3]. Weder hier noch dort habe der Bundesgesetzgeber ein echtes kommunalpolitisches Mandat erhalten. Er habe die Grenze zwischen Verwaltungs- und Vorstandsbeamten der Gemeinde zu respektieren. Zu letzteren zählt er insbesondere die mit Sitz und Stimme in einem kommunalen Verfassungsorgan ausgestatteten und an der Willensbildung der Gemeinde beteiligten Beamten. Bei Überschneidungen von Landeskommunalordnung und Bundesbeamtenrecht nötige die Inanspruchnahme der Vollmachten des Art. 75 GG zu besonderer Zurückhaltung. "Jedenfalls darf der Landesgesetzgeber im

---

WürttHohenz. Beamtengesetzes vom 8. 4. 1949, RegBl. 169; implicite auch § 41 BRRG.

1) Auch diese Analogie lehnt Görg, ZBR 58, 105 ab.

2) Gemeinde, S. 93, 94

3) Vgl. dazu oben § 11 II

Falle der mit verfassungsrechtlichen Vollmachten ausgestatteten Gemeindebeamten nicht etwa durch die Rahmengesetzgebung des Bundes daran gehindert werden, Dienstrecht und Gemeindeverfassung optimal miteinander zu synchronisieren."

Genau das ist ihm aber unmöglich gemacht, wenn er auf Grund des BRRG nun § 128 GemO beseitigen müßte. Denn einmal gehört der Bgm als eigenverantwortlicher Leiter der Gemeindeverwaltung und stimmberechtigtes Mitglied des Gemeinderats[4] sicher zu den gemeindlichen Organwaltern und Vorstandsbeamten i.S. Köttgen's. Zum andern wurde nachgewiesen, daß § 128 durch ein unabweisbares Bedürfnis gerechtfertigt ist und nicht einmal unter Beachtung der Personalhoheit der Gemeinde beanstandet werden kann. Damit wird keineswegs die Forderung aufgestellt, den Bgm völlig vom BRRG auszunehmen. Es bedarf aber des Einbaus elastischer Sondervorschriften, die die Wahrnehmung der kommunalrechtlichen Belange ermöglichen[5].

§ 22 Die Ausschaltung der gemeindlichen Organwalter durch den Staatsbeauftragten.

I. Nach § 124 GemO kann die Rechtsaufsichtsbehörde einen Beauftragten bestellen, der alle oder einzelne Gemeindeaufgaben wahrnimmt, wenn die Verwaltung der Gemeinde in erheblichem Umfange nicht den Erfordernissen einer gesetzmäßigen Verwaltung entspricht und die übrigen Befugnisse der Rechtsaufsichtsbehörde nicht ausreichen, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinde zu sichern.

Für die längerdauernde Ausschaltung des Bgm durch einen Staatsbeauftragten bestehen vorneweg dieselben Bedenken wie gegen § 128 GemO. Wollte man die rechtliche Beendigung der Amtszeit des Bgm aus beamtenrechtlichen Gründen für unzulässig halten, so müßte dies auch für seine tatsächli-

---

4) Vgl. §§ 25 I, 37 VI, 42 I GemO.

5) Im Prinzip ähnlich T. Müller, BadWürttVBl. 57, 68. Unrichtig ist jedoch seine weitergehende Ansicht, die mehr oder weniger formelle Aushändigung einer Ernennungsurkunde für den Bgm, die durch § 5 BRRG gefordert wird (vgl. oben § 18 II Ziff. 2), sei eine verfassungswidrige Überschreitung der dem Bundesgesetzgeber in Art. 75 Ziff. 1 GG eingeräumten Befugnisse. Anders als bei § 128 GemO handelt es sich hier nicht um die Beeinträchtigung eines zwingenden kommunalpolitischen Bedürfnisses, sondern um eine überwiegend beamtenrechtliche Frage, deren Regelung Art. 75 legitimerweise gestattet, auch wenn er kein kommunalpolitisches Mandat enthält.

che Ausschaltung durch den Staatskommissar gelten, denn sein Recht auf das Amt wird durch § 124 GemO ebenso verletzt. Auch insoweit muß jedoch betont werden, daß dem Bundesgesetzgeber aus Art. 75 Ziff. 1 GG kein kommunalrechtliches Mandat zusteht. An der Berechtigung des Landes, einem Bgm gemäß § 124 auch für längere Zeit vom Dienst fernzuhalten, kann somit aus beamtenrechtlichen Gründen nicht gezweifelt werden.

II. Der Staatsbeauftragte und die Personalhoheit der Gemeinde:

1) Vom kommunalrechtlichen Standpunkt aus wirft Gönnenwein[6] die Frage auf - ohne sie allerdings zu beantworten -, ob nicht die Entfernung der verfassungsmäßigen Organwalter der Gemeinde und ihre Ersetzung durch Staatsbeauftragte die Substanz des SVsrechts so stark berühre, daß sie die Garantie der SV verletze.

Bei der von § 124 GemO ausdrücklich geforderten Notstandssituation wird es jedoch keinen anderen Ausweg geben, soll nicht das Staatsganze Schaden leiden, weil Teile nicht in der Lage oder willens sind, sich in dieses einzuordnen. Dann ist ein solcher Eingriff nicht mehr aufschiebbar. Er beschränkt sich auf das sachlich und zeitlich Notwendige, da dem Staatsbeauftragten nur solange und insoweit Befugnisse übertragen werden dürfen, als dies unbedingt erforderlich ist. Folgt man den bisherigen Vorschlägen und Untersuchungen, so wird zudem kein unverhältnismäßig häufiger Einsatz des Staatskommissars erforderlich sein: Bestehen Eignungsvoraussetzungen für die Wahl des Bgm und befürwortet man zusätzlich die Amtsenthebungsmöglichkeit des § 128 GemO, so werden nur wenig Fälle denkbar ein, in denen - so weit es den Bgm betrifft - die disziplinar- und aufsichtsrechtlichen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde nicht ausreichen, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinde zu sichern. Einen streikenden Gesamtgemeinderat ersetzt die Gemeindeordnung selbst, in dem sie praktisch den Bgm an dessen Stelle setzt (vgl. § 39 II). Nur wenn dieser rechtswidrige Beschlüsse faßt und Obstruktion treibt, der mit disziplinar- und aufsichtsrechtlichen Mitteln nicht beizukommen ist, bleibt als ultima ratio der Staatsbeauftragte.

2) Ein Problem besondrer Art ist die Frage, was unter Beachtung der Personalhoheit zu geschehen hat, wenn die Gemeindebürger sich weigern, ihren Rechten und Pflichten zur Wahl des Bgm und der Gemeinderäte nachzukommen. In diesen Fällen muß die Gemeinde handlungsunfähig werden.

Schon das PreußOVG[7] billigte die Entsendung eines Staatsbeauftragten auch

---

6) AöR 81 (1956), S. 229

7) Entscheidungssammlung, Bd. 87, 108

dann, wenn ein kommunaler Organwalter sich weigerte, seine gesetzlichen Kompetenzen wahrzunehmen und durch Selbstausschaltung die Aufrechterhaltung der ordnungsgemäßen Gemeindeverwaltung gefährdete. Muß nun der Staatsbeauftragte zur Vornahme der Wahl anstelle des streikenden Organwalters oder zur zeitweiligen Ersetzung des fehlenden Organwalters entsandt werden ? Letzteres ist richtig; nicht aber, wie Strich[8] in Anlehnung an die abgelehnte Ansicht von Hans Peters annimmt, weil "durch die Begrenzung der Handlungsfreiheit in Bezug auf die Organbildung" die Existenz der Gemeinde als juristischer Person gefährdet wird, sondern weil unter Beachtung der Personalhoheit auch dieser dringend erforderliche Eingriff in die Wahlhoheit auf das sachlich und zeitlich unbedingt Notwendige zu beschränken ist. So braucht die Gemeinde nicht evtl. jahrelang mit einem vom Staatskommissar bestellten Bgm oder Gemeinderat zu arbeiten, sondern kann jederzeit durch die Wahl des fehlenden Organwalters die Abberufung des Staatskommissars erzwingen[9].

---

8) Der Staatskommissar, S. 28 ff

9) So richtig Strich aaO, S. 44; vgl. auch VGH Freiburg v. 28. 8. 1950, DÖV 51, 307 (310)

TEIL III

Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Gemeinden

§ 23 Die Garanten und Mittel zur Durchsetzung der aus der Garantie des Art. 28 GG fließenden Rechte.

I. Der Bund und seine Schutzpflicht:
Der Bund gewährleistet, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Bestimmungen von Art. 28 I und II GG entspricht (Art. 28 III GG). Die Nachprüfung erstreckt sich auf die gesamte Verfassung im materiellen und formellen Sinn eines Landes[1]. Das bedeutet auch eine Einbeziehung wichtigster Grundsätze des Gemeinderechts, denn die Gemeinden und ihre (politische) Grundorganisation sind Teil der verfassungsmäßigen Ordnung der Länder.

Der Bund hat aus Art. 28 III GG nicht nur ein Recht, sondern die Pflicht für die Einhaltung dieser Grundsätze zu sorgen[2]. Allerdings bleibt offen, ob aus dieser Pflicht ein Dritter berechtigt sein soll, oder ob sie nicht einem subjektiv Berechtigten, sondern nur objektiv der Bundesverfassung gegenüber bestehen soll. Da das die Grundsätze verletzende Land, die verfassungstreuen Länder sowie auch die Gemeinden selbst hierfür nicht in Frage kommen, wird man eine Pflicht des Bundes dem GG gegenüber annehmen müssen[3].

Als Mittel zur Durchsetzung seiner Pflicht stehen dem Bund der Bundeszwang nach Art. 37 GG und die Anrufung des BVerfG nach Art. 93 GG zur Verfügung. Mit Recht betonen Maunz-Dürig[4], daß insoweit Maßnahmen der Bundesaufsicht nach Art. 84 GG nicht in Frage kommen, weil dieser nur Maßnahmen des Bundes in verwaltenden Tätigkeiten der Länder vorsieht, nicht aber bei der Gestaltung von deren verfassungsmäßiger Ordnung.

Auf Grund dieser geringen und schwerfälligen Möglichkeiten des Bundes muß seine Gewährleistung weitgehend wertlos bleiben. Bisher hat er nicht

---

1) Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 45
2) Maunz-Dürig, Art. 28 Rdnr. 43
3) Wenn man mit Arndt, DVBl. 51, 299, für die Gemeinden anderer Ansicht sein sollte, so sind für diese zumindest keine Mittel ersichtlich, diese Berechtigung gegen den Bund auch durchzusetzen.
4) Art, 28 Rdnr. 47; ebenso v. Mangold-Klein, S. 714;
a.A. Müthling, DÖV 51, 34; Kollmann, DÖV 51 148

einmal versucht, gegen eine der zahlreichen von den Gerichten für verfassungswidrig erklärten Bestimmungen der Länder vorzugehen. Die Gewährleistung des Art. 28 III GG bietet den Gemeinden keinen wirksamen Schutz gegen das Land und erst recht nicht gegen den Bund als gleichzeitigen Garanten. Es hat sich aber gezeigt, daß der Bundesgesetzgeber sehr wohl als Störer der kommunalen SV in Betracht kommt, auch wenn er kein kommunalpolitisches Mandat besitzt.

II. Die Abwehrrechte der Gemeinden:

1) Diese Umstände haben das Land Baden-Württemberg dazu veranlaßt, den Gemeinden in Art. 76 der Verfassung das Recht einzuräumen, selbst den Staatsgerichtshof mit der Behauptung anzurufen, daß ein Landesgesetz[5] das in Art. 71 bis 75 BadWürttVerf. unter Berücksichtigung der Grundsätze von Art. 28 GG näher umschriebene Recht der SV verletze. Damit sind die Gemeinden nicht mehr auf eine Entscheidung des Staatsgerichtshofs nach Art. 68 I Ziff. 2 der Verfassung angewiesen, die von einem Viertel der Mitglieder des Landtags oder der Regierung bei Zweifeln oder Meinungsverschiedenheiten über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit der Verfassung beantragt werden kann. Gerade Landtag und Regierung kommen ja in der Regel für die Verletzungen des SVsrechts in Frage und können deshalb nicht als ausschließliche Hüter der SV bestellt werden.

2) Auch der Bund hat in § 91 BVerfGG eine zusätzliche Garantie geschaffen und den unmittelbar betroffenen Gemeinden das Recht verliehen, Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht mit der Behauptung zu erheben, ein Bundes- oder Landesgesetz verletzte die Vorschriften des Art. 28 GG.

Die anfänglich gegen diese Bestimmung erhobenen Bedenken[6] sind verstummt, nachdem das BVerfG[7] die Verfassungsmäßigkeit ausdrücklich bejaht hat. Die Kritik war unbegründet: Die Regelung ist durch Art. 93 II GG gedeckt. Das angezweifelte Bedürfnis der Gemeinden für einen Schutz gegen Bundesrecht ist unbestreitbar. Die unzulässigen, wie die an sich legitimen aber überschreitbaren Einflußmöglichkeiten des Bundes auf die Gemeinden sind selbst auf den in dieser Arbeit behandelten Sondergebieten zahlreich[8]. Die Nachprüfung von Bundesrecht auf die Vereinbarkeit mit

---

5) Spreng-Birn-Feuchte, Art. 76 Erl. 2
6) Kollmann, DÖV 51, 145; Schäfer, DÖV 51, 572 u.a.
7) E. v. 20.3.1952, Bd. 1, 167 (173)
8) Vgl. auch Köttgen, Gemeinde, insbes. Abschn. F, S. 83 ff

Art. 28 GG kann aber sinnvoller Weise nur vom BVerfG und nicht von den Staatsgerichtshöfen der Länder wahrgenommen werden, da für den Gesamtstaat widersprüchliche Urteile über die gleichen Bestimmungen vermieden werden müssen.

Föderalistische Bedenken beseitigt § 91 Satz 2 BVerfGG, der die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ausschließt, wenn diese nach dem Recht des Landes wegen Verletzung des SVs-rechts durch ein Landesgesetz beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann.

Die Ansicht Schäfer's [9] schließlich, Voraussetzung jeder Verfassungsbeschwerde sei das Bestehen eines subjektiven Rechts, ist kein Argument gegen § 91 BVerfGG. Jesch[1] betont zu Recht, die SVsgarantie enthalte ein Bündel subjektiver materieller Rechte, wozu beispielsweise auch das Recht auf Personalhoheit gehöre, gegen deren Beeinträchtigung sich jede Gemeinde wehren könne. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt der Wortlaut der institutionellen Garantie des Art. 28 II GG, der den Gemeinden ein "Recht" gewährleistet. Sie wird auch durch das BVerfG[2] bestätigt, das aus der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums in Art. 33 V GG dem einzelnen Beamten ein Individualrecht auf angemessenen Lebensunterhalt zugestanden hat.

3) Das politische Prinzip des gemeindlichen Selbstbestimmungsrechts kann der Staat sehr wohl in einer verfassungsrechtlichen Garantie als unverzichtbaren Bestandteil des Staatsgefüges proklamieren, um es dann im Einzelfall systematisch zu mißachten. Erst wenn die Gemeinden selbst die Möglichkeit haben, ihre aus der Garantie fließenden Rechte gerichtlich geltend zu machen und durchzusetzen, ist aber eine wirkliche Achtung des Staates auch vor der Grundidee gewährleistet. Auf Grund der selbständigen Abwehrrechte der Gemeinden wächst die Garantie des Art. 28 II GG weit über einen bloßen Programmartikel hinaus. Allein schon ihr Bestehen wirkt vorbeugend gegen mögliche Versuche von Bund und Land, das Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden zu beeinträchtigen[3].

---

6) Kollmann, DÖV 51, 145; Schäfer, DÖV 51, 572 u.a.
7) E. v. 20.3.1952, Bd. 1, 167 (173)
8) Vgl. auch Köttgen, Gemeinde, insbes. Abschn. F, S. 83 ff
9) DÖV 51, 572
1) DÖV 60, 739 (745); so auch Scheuner, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4 (1953). S. 100
2) BVerfGE, Bd. 8, 1 (17)
3) Zweigert, JZ 52, 321 spricht vom "Edukationseffekt" derartiger Verfassungsbe-

Diese Klagerechte entheben die Gemeinden zugleich weitgehend des Zwangs, bei der Regelung sie betreffender Fragen jeweils nachdrücklich auf ihre Rechte pochen zu müssen, was auf die Dauer zu einer gefährlichen Mißstimmung und Beeinträchtigung einer gedeihlichen Zusammenarbeit zwischen den Partnern geführt hätte. Sie stärken das Selbstbewußtsein der Gemeinden als unterste, aber rechtlich selbständige Zellen des Staates und geben ihnen den erforderlichen Rückhalt für eine zielstrebige und erfolgreiche Tätigkeit zur Wahrung und Förderung der Eigenheiten und Interessen der Bürgerschaft ind ihrer engeren Heimat.

---

schwerden.

Lebenslauf

Am 10. Februar 1936 wurde ich, Horst Dressler, als ältestes von vier Kindern des Schmiedemeisters Joachim Dressler und seiner Ehefrau Ida, geb. Windeck, in Böttingen, Kreis Tuttlingen, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

In Böttingen besuchte ich von August 1942 bis August 1946 die Volksschule. Meine Gymnasialausbildung begann ich daran anschließend am Progymnasium in Rottenburg am Neckar. Ich wechselte im Jahre 1951 an das altsprachliche Albertus-Magnus-Gymnasium in Rottweil am Neckar und bestand dort am 9. März 1955 die Reifeprüfung.

Nach einem rechtswissenschaftlichen Studium von 8 Semestern an den Universitäten Tübingen (6 Semester) und Heidelberg (2 Semester) bestand ich am 26. Juni 1959 vor der Prüfungskommision des Landesjustizprüfungsamtes in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. August 1959 bin ich als Gerichtsreferendar im Justizvorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg im Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart tätig.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 23. 11. 1962 statt.